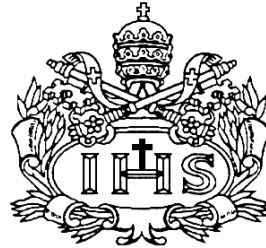


**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
CARRERA DE DERECHO**



**LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL**

**AUTORES**

**ADRIANA LUCIA CARDENAS MISERQUE**

**ASTRID MARINA CRUZ PALMERA**

**DORA NATALIA HERNANDEZ HIDALGO**

**MARIA ANGELICA PAEZ SANCHEZ**

**JOHANNA SANTOS**

**CESAR FABIAN ROMERO ROA**

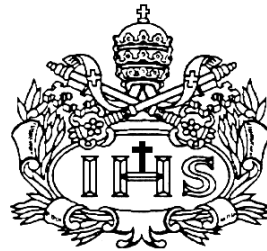
**DOUGLAS VERGARA OSPINA**

**Presentado para optar al título de ABOGADO**

**Bogotá D.C.**

**Junio de 2004**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
CARRERA DE DERECHO**



**LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL**

**AUTORES**

**ADRIANA LUCIA CARDENAS MISERQUE**

**ASTRID MARINA CRUZ PALMERA**

**DORA NATALIA HERNANDEZ HIDALGO**

**MARIA ANGELICA PAEZ SANCHEZ**

**JOHANNA SANTOS**

**CESAR FABIAN ROMERO ROA**

**DOUGLAS VERGARA OSPINA**

**Bogotá D.C.**

**Junio de 2004**

**Nota de Advertencia:**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

**Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.**

**Aquí viene la Carta de Aprobación de la Tesis de Grado**

## INTRODUCCIÓN

Este proyecto comenzó a finales del año 2001 con una convocatoria que se llevó a cabo entre los estudiantes de cuarto (4º) y quinto (5º) años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, de la cual al final resultaron elegidos para integrar el grupo de trabajo con el fin de desarrollar la investigación sobre Sociedades de Economía Mixta del orden nacional los siguientes estudiantes: ADRIANA LUCIA CARDENAS MISERQUE, ASTRID MARINA CRUZ PALMERA, DORA NATALIA HERNANDEZ HIDALGO, MARIA ANGELICA PAEZ, JOHANNA SANTOS, CESAR FABIAN ROMERO ROA y DOUGLAS VERGARA OSPINA.

Al inicio del proceso se celebraron una serie de sesiones semanales en las cuales se convino el método de trabajo. Estas sesiones fueron consagradas en relatorías realizadas por cada uno de los estudiantes en las cuales constaban las discusiones y los diversos asuntos relacionados con el desarrollo del proyecto. Posteriormente y a medida que avanzaba la investigación, las sesiones se cambiaron por puestas en común sobre el trabajo individual que a cada uno de los integrantes se le había asignado.

Para el análisis de los asuntos concordados referentes al tema de la investigación, además de consultar las distintas fuentes bibliográficas existentes, se enviaron derechos de petición a los diferentes ministerios con el fin de que nos informaran sobre las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional vinculadas a sus despachos actualmente. Posteriormente se elaboró una lista de las sociedades de acuerdo a las repuestas obtenidas con el objeto de enviarles derechos de

petición en los que se solicitaba información sobre diferentes materias concernientes con el trabajo.

Unas compañías nos colaboraron con amabilidad respondiendo a nuestros cuestionamientos con precisión; sin embargo este no fue un caso generalizado ya que unas contestaron con imprecisiones e incluso citando normatividad derogada, y otras se molestaron manifestando su inconformidad directamente a la Facultad de la Universidad mediante cartas dirigidas a la Decana del Medio Universitario. Tal vez las preguntas incisivas sobre ciertos temas frente a las cuales no tenían respuestas claras por falta de idoneidad y capacidad en la administración y manejo de tales entidades fue la causa de la incomodidad.

Finalmente queremos expresar nuestra gratitud a las diversas sociedades que nos atendieron con amabilidad y cuya información fue de gran utilidad en la elaboración del documento. Asimismo hacemos un reconocimiento a los estudiantes participantes en este proyecto por la constancia y dedicación.

# SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL

## CONTENIDO

	Pág.
<b>JUSTIFICACION</b>	1
<b>CAPITULO I</b>	3
<b>1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	3
1.1 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886	3
1.1.1 Características de las Sociedades de Economía Mixta en la Constitución Política de 1886	3
1.1.2 Comentarios sobre el marco constitucional de 1886	5
1.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1991	7
1.3 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL.	9
1.4 NATURALEZA DE LA LEY QUE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA	9
1.4.1 Es una Ley de autorizaciones	10
1.4.2 La Ley que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta del orden nacional sólo puede ser dictada o reformada por iniciativa del Gobierno.	10
1.4.3 Es una Ley de autorización singular	10
1.4.4. El Contenido de la Ley es particular y concreto	11
1.5 FINALIDADES QUE CUMPLEN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN	11
1.5.1 Intervención del Estado en la economía a través de las sociedades de economía mixta	11

1.5.2 A través de las sociedades de economía mixta se desarrollan los fines del Estado.	12
15.3. El Estado y su participación en las sociedades de economía mixta	12
1.6 ¿POR QUÉ RAZONES PARTICIPAN ACCIONISTAS PARTICULARES CON EL ESTADO O SUS ENTIDADES?	13
1.7 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COMO INSTRUMENTO PARA LA SATISFACCIÓN DE LAS FINALIDADES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	14
1.8 PRINCIPIOS DEL ARTÍCULO 209 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA APLICABLES A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	15
1.8.1 El Principio De Igualdad En Las Sociedades De Economía Mixta	15
1.8.2 Principio De Moralidad	16
1.8.3 Principio de eficacia	16
1.8.4 Principio de economía	16
1.8.5 Principio de Celeridad	16
1.8.6 Principio de imparcialidad	17
1.8.7 Principio de publicidad	17
1.8.8 Principio de responsabilidad	17
1.8.9 Principio de transparencia	18
<b>CAPITULO II</b>	19
<b>2. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COMO MANIFESTACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS</b>	19
2.1 MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN	19
2.2 LA CENTRALIZACIÓN POLÍTICA	19
2.3 LA DESCENTRALIZACIÓN	20
2.4 CONCEPTO DE DESCENTRALIZACIÓN PARA LA CORTE	20



SUPREMA DE JUSTICIA	
2.5 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA	20
2.6 CLASES DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA	21
2.6.1 Descentralización territorial	21
2.6.2 Descentralización por colaboración	22
2.6.3 Descentralización por servicios	23
2.7 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SE DESARROLLA MEDIANTE LA DESCENTRALIZACIÓN	23
2.8 CARACTERÍSTICAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL O POR SERVICIOS	23
2.9 ELEMENTOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL O POR SERVICIOS	24
2.9.1 Actividad Determinada	24
2.9.2 Personería jurídica.	24
2.9.3 El Nombramiento de sus autoridades se realiza al interior de la entidad	25
2.9.4 Las entidades son controladas por el poder central	25
<b>CAPITULO III</b>	26
<b>3. RELACIÓN ENTRE LA ADSCRIPCIÓN, LA VINCULACIÓN Y LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	26
3.1 DE LA ADSCRIPCIÓN Y LA VINCULACIÓN	26
3.1.1 Generalidades	26
3. 1.2 De la vinculación	26
3.1.2.1 Consecuencias de la vinculación	26
3.1.3 De la adscripción	27
3.1.3.1 Características de las entidades adscritas	27

3.1.4 Orígenes de la vinculación y de la adscripción	28
3.1.5 Las Sociedades de Economía Mixta se encuentran Vinculadas a la Administración	29
<b>CAPITULO IV</b>	<b>32</b>
<b>4. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DENTRO DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO</b>	<b>32</b>
4.1 ESTRUCTURA DEL ESTADO COLOMBIANO DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	32
4.2 LA RAMA EJECUTIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	33
4.3 DISCUSIÓN DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE	33
4.4 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA HACEN PARTE DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO	34
<b>CAPITULO V</b>	<b>37</b>
<b>5. LA DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	<b>37</b>
5.1 FINALIDAD DE LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD	37
5.2 LEY 226 DE 1995	38
5.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 226 DE 1995	38
5.4 BIENES EXCLUIDOS DEL PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN	38
5.5 DESTINATARIOS EXCLUSIVOS	39
5.6 CONDICIONES ESPECIALES	42
5.7 ELABORACIÓN DEL PROGRAMA DE ENAJENACIÓN	43
5.8 CONTENIDO DEL PROGRAMA DE ENAJENACIÓN	43
<b>CAPITULO VI</b>	<b>45</b>
<b>6. LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	<b>45</b>

6.1 REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA ANTES DE LA REFORMA DE 1968	45
6.1.1 Ley 126 de 1938	46
6.1.2 Ley 54 de 1939	46
6.1.3 Decreto 1157 de 1940	46
6.1.4 Ley 165 de 1948	46
6.1.5 Ley 151 de 1959	47
6.2 REGULACIÓN NORMATIVA A PARTIR DE LA REFORMA DE 1968	47
6.2.1 Paralelo entre los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968, Decreto Ley 130 de 1976 y la Ley 489 de 1998	48
6.2.2 Aspectos relevantes del cuadro comparativo	48
6.2.2.1 Estructura del Estado	48
6.2.2.2 Noción	48
6.2.2.3 Porcentaje de participación	48
6.2.2.4 Contenido del acto de constitución o de los estatutos	53
6.2.2.5 Control de Tutela	53
6.3 LOS DECRETOS LEYES 1050 Y 3130 DE 1968 Y 130 DE 1976 FUERON DEROGADOS EN SU TOTALIDAD POR LA LEY 489 DE 1998	53
6.4 DISPOSICIONES SOBRE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA REGULADAS EN LA LEY 489 DE 1998 DE MANERA EXCLUSIVA	54
6.5 DISPOSICIONES DE LOS DECRETOS LEYES 1050 DE 1968, 3130 DE 1968 Y 130 DE 1976 NO PREVISTOS EN LA LEY 489 DE 1998.	54
6.5.1 Decreto Ley 1050 de 1968	54
6.5.2 Decreto Ley 3130 de 1968	55
6.5.3 Decreto Ley 130 de 1976	57

6.6 NORMAS VIGENTES SOBRE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	58
6.6.1 Código de Comercio	59
6.6.1.1 Aspectos de las sociedades de economía mixta regulados por el Código de Comercio	59
6.6.2 Ley 489 de 1998	61
6.6.2.1 Definición de sociedad de economía mixta	62
6.6.3 Aplicación de la Ley 80 de 1993 “Régimen de la Contratación Administrativa”, a las Sociedades de Economía Mixta	69
6.6.3.1 Selección del Contratista	70
6.6.3.2 Las sociedades de economía mixta y la contratación directa	71
6.6.3.3 Competencia para dirigir Licitaciones o Concursos y para celebrar Contratos Estatales	73
6.6.4 Decreto 661 de abril 10 de 2002 “Régimen salarial de los empleados públicos pertenecientes a las sociedades de economía mixta con el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado”.	73
6.6.5 Ley 363 de 1997	74
<b>CAPITULO VII</b>	76
<b>7. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA</b>	76
7.1 APLICACIÓN DE LA LEY 142 DE 1994 “RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS” A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA”	76
7.2 NATURALEZA DE LAS EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ACCIONARIA MIXTA DEDICADAS A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.	76
7.2.1 Primera Tesis: “Son sociedades de Economía Mixta”.	77
7.2.2 Segunda Tesis: “Son Empresas de Servicios Públicos Mixta”	85
<b>CAPITULO VIII</b>	94

<b>8. PROCESOS DE CREACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	<b>94</b>
8.1 CREACIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	94
8.1.1 Marco Constitucional y marco legal	94
8.1.2 Requisitos para la constitución de una sociedad de economía mixta	94
8.1.3 Las sociedades de economía mixta pueden adoptar cualquiera de los tipos societarios previstos en el Código de Comercio	95
8.1.4 El contrato de sociedad de las sociedades de economía mixta	95
8.1.4.1 Es un contrato comercial	96
8.1.5 Representación de las acciones, cuotas o partes de interés de la Nación o de las Entidades Públicas en las sociedades de economía mixta	96
8.1.6 Autorización gubernamental para la creación de determinadas sociedades de economía mixta	97
8.2 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL	97
8.2.1 Requisitos para su constitución	97
8.2.2 Domicilio de las sociedades de economía mixta del orden nacional	98
8.2.3 Actos Jurídicos necesarios para la constitución de una sociedad de economía mixta del orden nacional	98
8.2.3.1 Contenido de la Ley que autoriza la constitución de la sociedad	98
8.2.3.2 Contenido del contrato social	99
8.2.4 Elementos del contrato de sociedad de las empresas mixtas para el Consejo de Estado	100
8.3 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN DEPARTAMENTAL	100
8.3.1 Fundamento constitucional	100
8.3.2 Fundamento legal	101

8.3.3 Aportes en las sociedades de economía mixta del orden departamental y representación de acciones, cuotas o partes de interés	101
8.3.4 Órganos de representación y dirección en las sociedades de economía mixta del orden departamental	101
8.3.5 Transformación, fusión y supresión de las sociedades de economía mixta del orden departamental	102
8.3.6 Las sociedades de economía mixta del orden departamental deben acatar la Ley y el contrato	102
8.3.7 Actos administrativos expedidos por las sociedades de economía mixta departamentales	102
8.3.8 Normas aplicables a la creación de sociedades de economía mixta del orden departamental	103
8.4 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN MUNICIPAL	103
8.4.1 Fundamento constitucional	103
8.4.2 Fundamento legal	103
8.4.3 Presupuesto de las sociedades de economía mixta del orden municipal	104
8.5 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA INDIRECTAS	104
8.5.1 Las sociedades de economía mixta indirectas hacen parte de la rama ejecutiva	104
8.5.2 Sociedades de economía mixta indirectas del orden departamental y municipal	105
8.6 FUSIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	106
8.7 ESCISIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	109
<b>CAPITULO IX</b>	110
<b>9. CONTROL ESTATAL A LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA</b>	
9.1 PRELIMINARES	110
9.2 AUTONOMÍA Y CONTROL	110

9.3 EL CONTROL SE PUEDE EJERCER DESDE DENTRO Y DESDE FUERA	110
9.4 JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL ESTATAL EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	111
9.5 MODALIDADES DE CONTROL ESTATAL SOBRE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	111
9.5.1 Control Administrativo o Control de Tutela	112
9.5.1.1 El control administrativo lo ejerce el ministerio o el departamento administrativo al que se halle vinculada la sociedad de economía mixta	112
9.5.1.2 Finalidad del control administrativo	113
9.5.1.3 El control administrativo es un poder condicionado	114
9.5.2 Control Político	114
9.5.2.1 Titularidad del control político	114
9.5.2.2 El control político se ejerce a través de las Comisiones Constitucionales Permanentes Especializadas	114
9.5.2.3 Finalidad del control político	116
9.5.3 Control Político Presupuestal	121
9.5.4. Control Presupuestal	122
9.5.4.1 Control presupuestal en el Decreto-Ley 111 de 1996	122
9.5.4.2 Manifestaciones del Control Presupuestal en el Decreto-Ley 111 de 1996	123
9.5.4.3 Control Presupuestal en el Decreto 115 de 1996	124
9.5.5 Control Fiscal	126
9.5.5.1 Justificación del control fiscal	126
9.5.5.2 El control fiscal es ejercido a través de la Contraloría General de la República	126
9.5.5.3 El control fiscal lo ejerce la Contraloría por mandato constitucional	127

9.5.5.4 El control fiscal es posterior y selectivo	127
9.5.5.5 La Contraloría no ejerce control fiscal directo sobre los aportes de los particulares en las sociedades de economía mixta	128
9.5.6 Control Jurisdiccional	128
9.5.7 Control Administrativo Especial	129
9.5.7.1 Las superintendencias son las titulares el control administrativo especial	129
9.5.7.2 Facultades de Inspección, Vigilancia y Control	129
9.5.7.3 Las facultades de inspección, vigilancia y control se delegan a las superintendencias.	130
9.5.7.4 Niveles de fiscalización	130
9.5.7.5 Superintendencia Bancaria	131
9.5.7.6 Superintendencia de Valores	135
9.5.7.7 Superintendencia de Sociedades	139
9.5.8 Control social de las entidades de la administración	149
<b>CAPITULO X</b>	151
<b>10. EL DOMICILIO EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA</b>	151
10.1 EL DOMICILIO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE UNA SOCIEDAD	152
10.1.1 Trascendencia jurídica del domicilio	152
10.1.1.1 Domicilio de las sucursales	153
10.1.1.2 Funcionamiento de los órganos de la sociedad con relación al domicilio	153
10.2 LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA COMO MANIFESTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.	154
10.2.1 Marco constitucional de la intervención del Estado en la economía	154



10.2.2 Colombia: economía de mercado	155
10.2.3 Intervención del Estado en la economía por medio de las sociedades de economía mixta	157
10.3 VISIÓN EMPRESARIAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	159
10.3.1 Planeación estratégica	160
10.3.1.1 Principios corporativos	161
10.3.1.2 Misión	165
10.3.1.3 Visión	166
10.3.2 Diagnóstico estratégico: DOFA	167
10.3.3 Objetivos Corporativos	168
10.3.4 Plan Estratégico	169
10.3.5 Rendimiento de la empresa	170
10.4 APLICACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO Y VISIÓN EMPRESARIAL AL CONCEPTO DE DOMICILIO EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	173
10.4.1 Distribución territorial actual de las sociedades de economía mixta	174
10.4.2 Caso práctico: Acerías Paz del Río S.A.	174
10.5 CONCLUSIÓN	181
<b>CAPITULO XI</b>	185
<b>11. TIPO SOCIAL</b>	185
11.1 MARCO LEGAL	186
11.2 TIPOS SOCIALES REGULADOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO	189
11.2.1 Sociedad colectiva	189
11.2.1.1 Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta	191

11.2.2	Sociedades en comandita	192
11.2.2.1	Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta	194
11.2.3.	Sociedades de responsabilidad limitada	194
11.2.3.1	Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta	196
11.2.4	Sociedad anónima	196
11.2.4.1	Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta	198
11.3	LA ESCOGENCIA DEL TIPO SOCIAL COMO MECANISMO DE PODER	201
11.4	CONCLUSIÓN	202
	<b>CAPITULO XII</b>	207
	<b>12. EL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA</b>	207
12.1	NOCIÓN DE CAPITAL SOCIAL	207
12.2	APORTES	208
12.2.1	Aportes en industria	209
12.2.1.1	Concepto y características	209
12.2.2	Aportes de capital	218
12.3	CONCLUSIÓN	222
12.3.1.	El capital: un recurso de poder	222
	<b>CAPITULO XIII</b>	229
	<b>13. OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA</b>	229
13.1	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: PARÁMETROS PARA SU DEFINICIÓN	229
13.1.1	La Función Pública como nota distintiva de la Administración Pública	233

13.1.2	El Estado social de derecho y los fines estatales	236
13.1.3	Los fines de Estado y la Administración Pública	237
13.1.4	Concreción de las finalidades estatales: los servicios públicos	239
13.1.5	Falencias de la Teoría de los Servicios Públicos	243
13.1.5.1	Servicios públicos de carácter industrial y comercial	243
13.1.5.2	Servicios públicos prestados por particulares	243
13.2	RÉGIMEN COLOMBIANO	246
13.3	CRITERIOS ECONÓMICOS	255
13.3.1	Desarrollo y justificación de la intervención estatal	255
13.3.1.1	Fallos del mercado	259
13.4	DETERMINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	264
13.4.1	Objeto social de las sociedades de economía mixta	264
13.4.2	La actuación del Estado: una decisión política	265
13.4.3	Los inconvenientes del sistema democrático	266
13.4.4	El objeto de las sociedades de economía mixta: una decisión política sujeta a riesgos	270
13.5	REGIMEN JURÍDICO DEL OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.	271
13.6	OBJETO SOCIAL ACTUAL DE CADA UNA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL	273
13.7	CONCLUSIÓN	275
	<b>CAPÍTULO XIV</b>	<b>278</b>
	<b>14. ÓRGANOS SOCIALES EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	<b>278</b>
14.1	RÉGIMEN APLICABLE	278

14.2 TIPO SOCIAL	282
14.2.1 Código de Comercio	282
14.2.2 Ley 498 de 1998	283
14.2.3 Jurisprudencia Colombiana	286
14.3 ÓRGANOS SOCIALES	287
14.3.1 Principio De Tipicidad	287
14.3.2 Estructura Societaria	289
14.3.3 Competencias De Los Órganos Sociales	290
14.3.3.1 Órgano De Dirección	290
14.3.3.2 Órgano De Administración	290
14.3.3.3 Órgano De Representación	291
14.3.3.4 Órgano De Fiscalización	292
14.4 ASAMBLEA DE ACCIONISTAS	292
14.4.1 Acciones Y Derechos	294
14.4.2 Funciones De La Asamblea General De Accionistas	296
14.4.2.1 Funciones Generales	296
14.4.2.2 Funciones Especiales	305
14.5 ADMINISTRADORES	306
14.5.1 Deberes De Los Administradores	309
14.5.1.1 Deber de obrar de buena fe	309
14.5.1.2 Deber de lealtad	311
14.5.1.3 Deber de diligencia de un buen hombre de negocios	313

14.5.1.4	Interés de la sociedad regido por el interés de los asociados	317
14.5.2	Deberes específicos de los administradores	322
14.5.2.1	Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social	323
14.5.2.2	Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias	325
14.5.2.3	Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal	327
14.5.2.4	Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad	328
14.5.2.5	Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada	330
14.5.2.6	Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el derecho de inspección de todos ellos.	336
14.5.2.7	Abstenerse de participar en actividades que implique competencia o conflicto de interés con la sociedad	338
14.5.3	Aplicaciones normativas de los deberes específicos de los administradores	347
14.6	JUNTA O CONSEJO DIRECTIVO	349
14.6.1	Elección de los miembros de la junta directiva	349
14.6.1.1.	Régimen en las sociedades de economía mixta asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado	355
14.6.2	Composición y Tamaño de la junta o consejo directivo	356
14.6.3	Inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva	359
14.6.3.1	Accionista miembro de la junta directiva	361
14.6.3.2	Sociedades de economía mixta asimiladas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.	362
14.6.4	Funciones de la Junta o Consejo directivo	364

14.6.4.1	Sociedades de economía mixta asimiladas a las Empresas industriales y comerciales del Estado.	366
14.6.5	Período de los miembros de la Junta o Consejo directivo	367
14.6.6	Remoción de los miembros de la Junta o Consejo directivo	369
14.6.7	Remuneración de los miembros de la Junta o Consejo Directivo	372
14.6.7.1	Sociedades de economía mixta asimiladas a las Empresas industriales y comerciales del Estado.	373
14.7	EL LIQUIDADOR	374
14.7.1	Causales de disolución	375
14.7.1.1	Causales de disolución generales	375
14.7.1.2	Causales de disolución especiales	378
14.7.1.3	Causales de la Ley 489 de 1998	379
14.7.2	Nombramiento del liquidador	380
14.7.3	Funciones del liquidador	383
14.7.4	La Junta Directiva dentro del proceso liquidatorio	385
14.7.5	Procesos concursales en las sociedades de economía mixta.	386
14.8	PRÁCTICAS DEL BUEN GOBIERNO	388
14.8.1	Antecedentes	388
14.8.2	Noción y principios de las prácticas del buen gobierno	389
14.8.2.1	Noción	389
14.8.2.2	Principios	390
14.8.2.3	Disposiciones normativas	392
14.9	IMPORTANCIA DE LAS PRÁCTICAS DEL BUEN GOBIERNO EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	410

14.9.1 Modelos de Códigos de Buen Gobierno en sociedades de economía mixta	411
14.9.1.1 Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.	411
14.9.1.2 Los Códigos de Buen Gobierno en las sociedades de economía mixta	413
14.9.1.3 Relación de las sociedades de economía mixta y los códigos de Buen Gobierno	415
14.10 REPRESENTANTE LEGAL	415
14.10.1 Generalidades	416
14.10.1.1 Concepto	416
14.10.1.2 El representante legal es administrador de la sociedad	417
14.10.1.3 Remisión al régimen de los administradores	418
14.10.1.4 Poderes generales y especiales	418
14.10.2 Designación del Representante Legal	419
14.10.2.1 Código de Comercio	420
14.10.3 Persona encargada de ejercer la representación legal	424
14.10.3.1 Código de Comercio	424
14.10.3.2 Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado	425
14.10.4 Ejercicio de la Representación legal	433
14.10.4.1 Código de Comercio	433
14.10.4.2 Régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado	442
14.10.5 Régimen de los actos y contratos de las sociedades de economía mixta	444
14.10.5.1 Ley 489 de 1998 y Código de Comercio	444
14.10.5.2 Ley 80 de 1993	445

14.10.5.3	Sociedades de economía mixta	446
14.10.5.4	Régimen de la contratación pública: Ley 80 de 1993	447
14.10.6	Número de Representantes Legales	462
14.10.7	Suplentes	463
14.10.7.1	Criterios de selección	468
14.10.8	Extralimitación en las facultades de Representación Legal	469
14.10.8.1	Limitación en razón de la cuantía	469
14.10.8.2	Limitación en razón de la cuantía	469
14.10.8.3	Extralimitación de funciones del representante legal en las sociedades de economía mixta	469
14.10.8.4	Sociedades de economía mixta cuyo capital estatal es inferior al cincuenta por ciento	470
14.10.8.5	Acto o contrato celebrado bajo extralimitación de funciones del representante legal	482
14.10.9	Periodo del representante legal	483
14.10.9.1	Régimen comercial	483
14.10.10	Extinción de la Representación	487
14.10.11	Remuneración del representante legal	488
14.10.11.1	Régimen comercial	488
14.10.11.2	Sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado	489
14.10.12	Representación legal de las sociedades de economía mixta: expresión del ejercicio del Poder.	490
14.10.12.1	Representante legal como trabajador de una sociedad de economía mixta.	490



14.11 REVISOR FISCAL	494
14.11.1 Clases	495
14.11.1.1 Órgano Obligatorio	495
14.11.1.2 Órgano Potestativo	496
14.11.2 La revisoría fiscal en las sociedades de economía mixta	496
14.11.2.1 Objetivos	497
14.11.2.2 Ejercicio de la Revisoría Fiscal	499
14.11.3 Elección del revisor fiscal	503
14.11.4 Inhabilidades e Incompatibilidades	508
14.11.4.1 Sociedades de economía mixta	509
14.11.4.2 Sociedades de economía mixta con régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado	511
14.11.5 Características de la Revisoría Fiscal	513
14.11.6 Funciones y Deberes del revisor fiscal	514
14.11.6.1 Otras funciones	521
14.11.6.2 Particularidades en las sociedades de economía mixta	523
14.11.7 Remuneración del revisor fiscal	524
14.11.8 Suplentes	529
14.11.9 Auxiliares de la revisoría fiscal.	530
14.11.10 Secreto profesional	530
<b>CAPITULO XV</b>	<b>533</b>
<b>15. LA RESPONSABILIDAD</b>	<b>533</b>
15.1 GENERALIDADES	533
15.2 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	542

15.2.1	Características de la responsabilidad patrimonial del Estado	542
15.2.2	Bosquejo histórico y determinación de los regímenes jurídicos aplicables	542
15.2.3	Regímenes de responsabilidad del Estado	546
15.2.3.1	Marco general	546
15.2.3.2	Elementos de la responsabilidad	549
15.2.3.3	Modelos de imputación de responsabilidad del Estado	550
15.3	LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	553
15.4	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	555
15.4.1	Ministerios y Departamentos Administrativos que ejercen control de tutela	556
15.4.1.1	Control de tutela en las sociedades de economía mixta	557
15.4.2	Superintendencias	559
15.5	RESPONSABILIDAD POR LA DISTRIBUCIÓN Y DESTINACIÓN DE UTILIDADES DEL CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES)	559
15.6	RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	561
15.6.1	Supremacía del régimen de responsabilidad establecido en el artículo 90 de la Constitución	561
15.7	RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	562
15.7.1	El control fiscal en las sociedades de economía mixta	562
15.7.1.1	Gestión fiscal	563
15.7.1.2	Principios de la Ley 42 de 1993	564
15.7.1.3	Control fiscal	567

15.7.1.4	Responsabilidad fiscal	572
15.7.2	Responsabilidad penal por los delitos contra la Administración pública	579
15.7.2.1	Marco general	579
15.7.2.2	Bien jurídico tutelado	579
15.7.2.3	Sujeto activo de los delitos	580
15.7.2.4	Delitos contra la Administración Pública	581
15.7.3	Responsabilidad disciplinaria	591
15.7.3.1	Marco general	592
15.7.3.2	Régimen disciplinario	592
15.7.3.3	Destinatarios de la ley disciplinaria	593
15.7.3.4	Potestad disciplinaria	594
15.7.3.5	Falta y sanción disciplinaria	595
15.7.3.6	La acción disciplinaria	597
15.7.3.7	Aplicación de la responsabilidad disciplinaria en las sociedades de economía mixta	598
15.7.4	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES DEL ESTADO	601
15.7.5	RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	603
15.7.5.1	La administración y el tipo social	603
15.7.5.2	Responsabilidad patrimonial de los administradores sociales en el régimen jurídico anterior a la Ley 222 de 1995	604
15.7.5.3	Antecedentes de la Ley 222 de 1995	605
15.7.5.4	Régimen actual de responsabilidad patrimonial de los administradores	608

15.7.5.5 Regulación de la Ley 222 de 1995	603
15.7.5.6 Presupuestos generales de responsabilidad civil	609
15.7.5.7 Quienes son administradores	613
15.7.5.8 Acciones de responsabilidad	624
15.7.6 Análisis de la concurrencia de responsabilidad patrimonial en los administradores de las sociedades de economía mixta	629
15.8 CONCLUSIÓN	633
<b>CAPITULO XVI</b>	636
<b>16. UTILIDADES O EXCEDENTES FINANCIEROS</b>	636
16.1 INTRODUCCIÓN	636
16.1.1 Consideraciones previas	636
16.1.1.1 Empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta: diferencias.	636
16.1.1.2 Diferencias entre Establecimiento Público y sociedad de economía mixta.	637
16.1.1.3 Comercialidad de las sociedades de economía mixta	638
16.1.1.4 La emisión de bonos en las sociedades de economía mixta.	639
16.1.1.5 El aumento de capital en las sociedades de economía mixta y la revaluación de activos	640
16.1.1.6 ¿Las sociedades de economía mixta son personas de derecho público o de derecho privado?	641
16.1.2 Consideraciones con respecto a la distribución de excedentes financieros y utilidades en las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, según sea el caso	647
16.2 DEFINICIONES	648
16.2.1 Diferencias entre los excedentes y las utilidades	649

16.3 MARCO LEGAL	652
16.3.1 Elaboración de la distribución de los excedentes financieros y las utilidades. Destino de los excedentes financieros.	653
16.3.2 Envío de los estados financieros por parte de las compañías y la sanción por incumplir dicho mandato.	654
16.3.3 Empresas societarias y no societarias: tratamiento a los excedentes financieros y las utilidades. Diferenciación.	655
16.3.3.1 Tratamiento en general	655
16.3.4 Instrucciones del CONPES: proyecto de repartición de utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta como paso previo.	659
16.3.5 Excedentes financieros hacen unidad de caja en el Presupuesto General de la Nación, siendo recursos de propiedad de ésta.	663
16.3.6 Los excedentes financieros hacen parte de los recursos de capital en el Presupuesto General de la Nación	665
16.3.7 Consignación de los excedentes financieros a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional	666
16.3.8 Conclusiones	666
16.3.9 Demanda pública de inconstitucionalidad contra los artículos 31 y 97 del Decreto-Ley 111 de 1996.	669
16.4 PAPEL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA Y LA NACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS EXCEDENTES FINANCIEROS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	679
16.4.1 Intervención de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en el proceso de distribución de utilidades	680
16.4.2 Intervención del Consejo Nacional de Política Económica y Social en el proceso de distribución de utilidades	684
16.4.3 Intervención del Departamento Nacional de Planeación y de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito	687

Público en el proceso de distribución de utilidades.

16.4.4 Intervención de las distintas Superintendencias que tengan a su cargo la vigilancia de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta	690
16.4.5 Intervención de la Dirección del Tesoro Nacional	691
16.5. PAPEL DE LOS REPRESENTANTES DE LA NACIÓN FRENTE AL PROCESO DE DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES GENERADAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL	693
16.6 PROPORCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS UTILIDADES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL	694
16.6.1 Consideraciones generales	696
16.6.1.1 Definición de utilidades	696
16.6.1.2 Estados Financieros	698
16.6.1.3 Determinación de las utilidades.	699
16.6.1.4 Distribución de las utilidades sociales	739
16.6.2 Proporción perteneciente al Estado	772
16.6.3 Proporción perteneciente a los particulares	773
16.7 QUIÉN REALIZA ESTA DISTRIBUCIÓN	777
16.8 DESTINACIÓN DE LAS UTILIDADES PRODUCIDAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL	780
16.9 UTILIDADES Y/O PERDIDAS GENERADAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL	782
16.9.1 Banco Agrario de Colombia	782
16.9.2 Bancafé.	787
16.9.3 Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A.	787
16.9.4 Central de Inversiones S.A.	789
16.9.5 Corporación de la Industria Aeronáutica S.A.	790

16.9.6	Financiera Energética Nacional S.A.	791
16.9.7	Fondo para el financiamiento del sector agropecuario	792
16.9.8	Hotel San Diego S.A. Hotel Tequendama.	794
16.9.9	Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A.	795
<b>CAPITULO XVII</b>		<b>797</b>
<b>17. CAPITALIZACION DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>		<b>797</b>
17.1	PROCESO DE CAPITALIZACIÓN	797
17.1.1	Anteproyecto de Presupuesto de Inversión	798
17.1.1.1	Características generales del trámite	798
17.1.1.2	Principales normas que regulan éste trámite	801
17.1.2	Solicitud de modificaciones presupuestales por parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.	818
17.1.2.1	Solicitud de Adición Presupuestal	819
17.1.2.2	Solicitud de Reducción Presupuestal	828
17.1.2.3	Solicitud de Traslado Presupuestal	830
17.1.2.4	Solicitud de Vigencias Futuras	832
17.1.2.5	Liquidación y capitalización de utilidades y excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, según sea el caso	835
17.1.3	¿La capitalización de la sociedad de economía mixta, por parte de la Nación, se debe realizar siempre en dinero o se podrá realizar conforme a lo dispuesto por el artículo del Código de Comercio?	838
17.2	¿CUÁNDO SE DEBE CAPITALIZAR?	842
17.2.1	¿Cuál es la finalidad de realizar un proceso de capitalización?	842

17.2.2 Caso particular: inciso 2 del artículo 97 de la Ley 489 de 1998.	844
17.3 ¿QUIÉN DEBE REALIZAR LA CAPITALIZACIÓN?	848
17.3.1 Aumento con reservas o plusvalías del pasivo	849
17.3.2 Aumento con créditos a cargo de la sociedad	849
	850
17.3.3 Aumento mediante cancelación de acciones readquiridas	850
17.3.4 Aumento con primas de colocación de acciones	851
17.4 FUNCIONES DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN EL PROCESO DE CAPITALIZACIÓN	851
17.5 DISTINTOS PAPELES DE ENTIDADES ESTATALES EN EL PROCESO DE CAPITALIZACIÓN	853
17.5.1 Funciones de los Ministerios y/o Departamentos Administrativos en el proceso de Capitalización de las sociedades de economía mixta	853
17.5.1.1 Funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público	858
17.5.1.2 Funciones del Ministerio de Desarrollo Económico	859
17.5.1.3 Funciones del Departamento Administrativo de Planeación Nacional	862
17.5.2 Funciones de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional en el Proceso de Capitalización de las sociedades de economía mixta.	867
17.5.3 Funciones del Congreso de la República en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta.	875
17.5.4 Funciones de las diferentes Superintendencias en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta	876
17.5.4.1 Funciones de la Superintendencia Bancaria	877
17.5.4.2 Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.	882
17.5.4.3 Funciones de la Superintendencia de Sociedades	883
17.5.4.4 Funciones de la Superintendencia de Valores	887



17.5.4.5 Funciones de otras superintendencias	889
17.5.5 Papel del Ministerio Público en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta.	889
17.5.5.1 Contraloría General de la República	889
17.5.5.2 Procuraduría General de la Nación	892
17.6 CAPITALIZACIONES EFECTUADAS EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL	893
17.6.1 Banco Agrario de Colombia	896
17.6.2 Bancafé	897
17.6.3 Bancoldex	898
17.6.4 Central de Inversiones S.A.	898
17.6.5 Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana	899
17.6.6 Financiera Energética Nacional S.A	900
17.6.7 Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO).	901
17.6.8 Hotel San Diego S.A. Hotel Tequendama	901
17.6.9 Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. (VECOL)	902
<b>CONCLUSIONES</b>	903
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	919

## LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla No. 1. Principales Sociedades de economía mixta en Colombia	31
Tabla 2. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional	36
Tabla 3. Paralelo entre los decretos 1050 de 1968, 3130 de 1968, 130 de 1976 y la ley 489 de 1998	49
Tabla 4. Sociedades con capital estatal vigiladas por la Superintendencia Bancaria	134
Tabla 5. Sociedades de economía mixta sancionadas por la Superintendencia de Valores	136
Tabla 6. Sociedades de economía mixta emisoras de valores	138
Tabla 7. Sociedades con participación estatal fiscalizadas por la superintendencia de sociedades	146
Tabla 8. Domicilio de las sociedades de economía mixta del orden nacional	175
Tabla 9. Composición del capital social de las Sociedades de Economía Mixta	227
Tabla 10. Objeto social de las sociedades de economía mixta	271
Tabla 11. Régimen Jurídico de las Sociedades de Economía Mixta en el Orden Nacional	276
Tabla 12. Tipo social de las Sociedades de Economía Mixta	280
Tabla 13. Deberes de los Administradores	341
Tabla 14. Códigos de Buen Gobierno	409
Tabla 15. Disposiciones sobre la elección del Representante Legal	424
Tabla 16. Requisitos Generales para los directivos	423
Tabla 17. Representantes Legales actuales	423
Tabla 18. Representación legal en las Sociedades de Economía mixta	455
Tabla 19. Remuneración de los representantes legales	480
Tabla 20. Revisores Fiscales actuales	491
Tabla 21. Elección del Revisor Fiscal en las Sociedades de Economía Mixta en el Orden Nacional	494
Tabla 22. Funciones del revisor fiscal	521
Tabla 23. Otras funciones del revisor fiscal	513
Tabla 24. Remuneración de los revisores fiscales	518
Tabla 25. Utilidades y/o pérdidas generadas por las sociedades de economía mixta del orden nacional	728
Tabla 26. Capitalizaciones efectuadas en las sociedades de economía mixta del orden Nacional	837
Tabla 27. Participación porcentual de los socios (Público – Privado)	898
Tabla 28. Capitalización Hotel San Diego S.A.	901

## LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Distribución de las sociedades de economía mixta del orden nacional en el país	175
Figura 2. Esquema de la responsabilidad	634
Figura 3. Utilidades, pérdidas, reservas y dividendos Banagrario. Período 1998-2002	783
Figura 4. Utilidades, pérdidas, reservas y dividendos Bancafe. Período 1998-2002	787
Figura 5. Utilidades, pérdidas, reservas y dividendos Bancoldex. Período 1998-2002	789
Figura 6. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos CISA. Período 2000-2002	790
Figura 7. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos CIAC. Período 1998-2002	791
Figura 8. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos FEN. Período 1998-2002	792
Figura 9. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos FINAGRO. Período 1998-2002	793
Figura 10. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos Hotel Tequendama. Período 1998-2002	795
Figura 11. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos Vecol. Período 1998-2002	796
Figura 12. Capitalización Bancafe. Período 1998-2002	897
Figura 13. Capitalización de reservas Bancafe. Período 1998-2002	839
Figura 14. Capitalización de reservas CISA. Período 1998-2002	898
Figura 15. Capitalización CIAC. Período 1998-2002	899
Figura 16. Capitalización de reservas CIAC. Período 1998-2002	901
Figura 17. Capitalización Hotel San Diego. Período 1998-2002	902
Figura 18. Capitalización Vecol. Período 1998-2002	902

## LISTA DE ANEXOS

	<b>Pág.</b>
Anexo A. CONCEPTO DE “SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA” PARA LA DOCTRINA	932
Anexo B. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	935

## **JUSTIFICACIÓN**

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, a través del Departamento de Derecho Comercial ha iniciado el “Proyecto de Investigación de Sociedades de Economía Mixta en Colombia”, dirigido por el Dr. Darío Laguado Monsalve.

Para tal efecto se conformó un equipo de trabajo integrado por los autores de la presente investigación.

Este proyecto encuentra su cimiento en la Misión de nuestra Alma Mater, la cual tiene como prioridad el fomento de la investigación y la formación integral de sus estudiantes, la conservación, la transmisión de la ciencia y la cultura, con la finalidad de servir a nuestro país procurando la instauración de una sociedad más civilizada, más culta y más justa inspirada por los valores que proclama el cristianismo (Acuerdo No. 0066 del Consejo Directivo Universitario del 22 de Abril de 1992).

El reglamento de la Facultad de Ciencias Jurídicas, asimismo establece tres objetivos primordiales: la docencia, la investigación y el servicio (Reglamento Facultad de Ciencias Jurídicas, 12- 14), objetivos que fundamentan el proyecto que hemos iniciado.

La Sociedad de Economía Mixta es un instrumento de colaboración de las entidades de derecho público y el capital privado que buscan explotar actividades económicas organizadas para satisfacer necesidades de orden colectivo, permitiendo que los particulares y el Estado trabajen conjuntamente.

En esta sociedad confluyen el derecho público y el derecho privado, lo que hace

interesante e importante su estudio. Sin embargo se han realizado pocas investigaciones que hoy en día están desactualizadas, pues desconocen la realidad económica, jurídica, política y social de nuestro país.

Por ello nuestro grupo de investigación realizó un análisis exhaustivo con el compromiso de determinar la viabilidad de las Sociedades de Economía Mixta como un instrumento de desarrollo en Colombia.

**CAPITULO I**  
**1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LAS SOCIEDADES**  
**DE ECONOMIA MIXTA**

**1.1 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886**

La Constitución Política de 1886, que logró permanecer entre nosotros por más de cien años, contenía dentro de varios de sus artículos, disposiciones relativas a las sociedades de economía mixta, entre ellos, el numeral 10° del artículo 76, numeral 5° del artículo 120<sup>1</sup>, numeral 6° del artículo 187, numeral 6° del artículo 194, y el numeral 4° del artículo 197.

**1.1.1. Características de las Sociedades de Economía Mixta en la Constitución Política de 1886.**

*a). Los estatutos de las sociedades de economía mixta eran expedidos por el Congreso de la República.*

Este precepto se encontraba en el numeral 10° del artículo 76 de la Carta de 1886, en donde se facultaba al Congreso para que expidiera los “estatutos básicos” de las Corporaciones Autónomas Regionales, de otros Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y de las Sociedades de Economía Mixta.

*b). Las sociedades de economía mixta eran “creadas”<sup>2</sup> a nivel departamental y municipal por las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales*

---

<sup>1</sup> Incorporado con el Plebiscito No. 1 de 1957, artículo 5°.

<sup>2</sup> La expresión destacada la analizaremos con cuidado más adelante. En esta misma obra véase 1.1.2. literal b).

*respectivamente.*

Existía la distinción entre sociedades de economía mixta del orden nacional, departamental y municipal que conserva la actual Constitución. La Constitución de 1886 atribuyó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, la facultad de “crear” sociedades de economía mixta dentro de su respectivo nivel.

*c) Los representantes de la Nación y del Departamento en las Juntas Directivas de las sociedades de economía mixta actuaban como agentes del Presidente de la República en el primer caso, y del Gobernador, en el segundo.*

Así lo establecía el inciso 2° del numeral 5° del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, según el cual:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa:

(...)

5°. Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones según la Constitución o Leyes posteriores.

En todo caso el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes. Los representantes de la Nación en las Juntas Directivas de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado, son agentes del Presidente de la República”.

Del mismo modo, refiriéndose a las atribuciones del Gobernador, el numeral 6° del artículo 194 del mismo cuerpo normativo expresaba que:

“Son atribuciones del Gobernador:

(...)

6°. Coordinar actividades y servicios de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden departamental.

Los representantes del Departamento en las Juntas Directivas de tales organismos y los Directores o Gerentes de los mismos, son agentes del gobernador, con excepción de los representantes designados por la Asambleas”.



### **1.1.2. Comentarios sobre el marco constitucional de 1886.**

*a). Los estatutos de las sociedades de economía mixta eran expedidos por el Congreso.*

En los términos del numeral 10° del artículo 76 de la Carta de 1886, al Congreso de la República le correspondía expedir los estatutos generales de las sociedades de economía mixta, disposición que implicaba una enorme intromisión del legislador en el funcionamiento de las entidades.

Con la expedición de la Constitución de 1991, el Congreso se limita a autorizar mediante Ley la creación de una sociedad de economía mixta, dejando al pleno arbitrio de los socios o accionistas la determinación de las cláusulas estatutarias, siempre y cuando se incluyan dentro de los estatutos las disposiciones que exige el legislador en la Ley 489 de 1998<sup>3</sup> relativas a las condiciones mínimas de participación del Estado, el carácter nacional, departamental y municipal, y su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que se ejercerá sobre la sociedad.

*b). Las sociedades de economía mixta eran “creadas” por las Asambleas Departamentales y por los Concejos Municipales.*

Atendiendo a lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 187, y al numeral 4° del artículo 197 de la Constitución Política de 1886, en virtud de los cuales:

“Artículo 187. Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:  
(...)

---

<sup>3</sup> La Ley 489 de 1998 es la norma vigente que regula la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional. El Capítulo XIV de la misma, se ocupa de las sociedades de economía mixta. Para ampliar este tema puede véase más adelante en el Capítulo II sobre Aspectos Legales de las sociedades de economía mixta.

6°. Crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la Ley”.

“Artículo 197. Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la Ley, las siguientes:

(...)

4°. Crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la Ley; (...)” (subrayado por fuera de texto).

El término *crear* utilizado en las disposiciones antes citadas resultaba completamente equívoco en la medida que las sociedades de economía mixta no son creadas por una Ley, una ordenanza o un acuerdo.

La Constitución únicamente le concede al Congreso, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, la facultad de “autorizar” a la autoridad competente para que constituya una sociedad de economía mixta en el orden que le corresponda. Decimos que se trata de una simple autorización porque siempre será necesario que se celebre un contrato de sociedad.

Como veremos más adelante, existen dos requisitos *sine qua non* para constituir una sociedad de economía mixta. El primero, la **autorización estatal** a través de Ley, ordenanza o acuerdo dependiendo si la sociedad es del orden nacional, departamental o municipal. Y el segundo requisito es la **celebración del contrato de sociedad**, el cual deberá ceñirse fielmente a las disposiciones del acto de autorización.

Por fortuna, esta lamentable equivocación vino a ser superada en la Constitución de 1991. Así, el numeral 7° del artículo 300, y el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política utilizan con acierto el término “**autorizar**”, dejando atrás las discusiones relacionadas con la expresión “**crear**” que la anterior Carta empleaba.

Desgraciadamente el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución de 1991 según el cual “*le corresponde al Congreso de la República crear o autorizar la creación de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta*” (el subrayado es nuestro), confunde los verbos “crear” y “autorizar”.

Nuestro Constituyente debió precisar que al Congreso le corresponde “crear las empresas industriales y comerciales del Estado”, y “autorizar la creación de sociedades de economía mixta”.

## **1.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

Dentro de la Constitución Política de 1991 encontramos cuatro artículos relacionados directamente con las sociedades de economía mixta, ellos son: el numeral 7° del artículo 150, numeral 7° del artículo 300, numeral 6° del artículo 313 y el artículo 20 transitorio.

### **a). Artículo 150**

El numeral séptimo del artículo al que nos referimos, faculta al Congreso de la República a autorizar, por medio de una Ley, la creación de sociedades de economía mixta del orden nacional, del siguiente modo:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las Leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:  
(...)

7°. Determinar la estructura de la Administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; asimismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta “. (...).

**b). Artículo 300**

El numeral 7° del artículo 300 dispone que le corresponde a las Asambleas Departamentales autorizar la formación de sociedades de economía mixta en el orden departamental.

“Artículo 300. Corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas:

(...)

7°. Determinar la estructura de la Administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta” (...).

**c). Artículo 313**

Según el numeral sexto de este artículo, el Constituyente le atribuyó a los Concejos Municipales la facultad de autorizar la constitución de sociedades de economía mixta dentro de su respectivo nivel, en los siguientes términos:

“Artículo 313. Le corresponde a los concejos:

(...)

6° Determinar la estructura de la Administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta” (...).

**d). Artículo 20 transitorio**

El artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991 concede un término de dieciocho meses al Gobierno Nacional, contados a partir de la entrada en vigencia

de la Carta, para que sean suprimidas, fusionadas o reestructuradas *“las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”*.

### **1.3 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL, DISTRITAL Y/O MUNICIPAL**

De las disposiciones constitucionales precedentes se colige que es posible que existan sociedades de economía mixta del orden nacional, departamental, distrital<sup>4</sup> y/o municipal.

En el orden nacional se exigirá una **Ley** que autorice de manera expresa la participación estatal y la posterior celebración del contrato de sociedad, de manera que concorra la voluntad pública con la voluntad privada.

A nivel departamental, se autoriza la creación de estos entes por medio de **ordenanzas**; y a través de **acuerdos** en el orden distrital y municipal. En ambos casos también resultará necesaria la celebración de un contrato de sociedad, el cual quedará restringido por lo dispuesto en el acuerdo.<sup>5</sup>

### **1.4 NATURALEZA DE LA LEY QUE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA**

Tal y como se desprende del numeral 7° del artículo 150 de la Constitución Política al que nos hemos venido refiriendo, es necesario que el Congreso apruebe una

---

<sup>4</sup> De conformidad con el artículo 286 de la Constitución Política son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. En cuanto a los Distritos, la propia Constitución consagra la existencia de tres Distritos, a saber: el Distrito Capital de Bogotá, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta. Adicionalmente, existe otro Distrito creado en virtud del Acto Legislativo No. 1° de 1993, se trata del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

<sup>5</sup> Sobre este tema véase el Capítulo VIII “Creación de sociedades de economía mixta”.

Ley en donde se autorice expresamente la creación de una sociedad de economía mixta del orden nacional.

En este sentido, es necesario precisar que:

**1.4.1. Es una Ley de autorizaciones.** La Ley a que se refiere el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución Política, es una "*Ley de autorizaciones*" porque su objeto es única y exclusivamente facultar al Gobierno para crear una sociedad de economía mixta.

Las Leyes de autorizaciones parten de la idea que el Gobierno es el titular de la competencia, pero requiere de una autorización legal para ejercerla.

De esta manera, la Ley de autorizaciones faculta al Gobierno para que ejecute una función típicamente administrativa.

**1.4.2. La Ley que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta del orden nacional sólo puede ser dictada o reformada por iniciativa del Gobierno.** Debemos destacar el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 154 de la Constitución Política que reza: "*sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9 11 y 22... del artículo 150*", es decir, la Ley que autoriza la creación de las mencionadas sociedades sólo puede provenir de iniciativa del Gobierno; igualmente, éste es el único que está facultado para reformarlas.

**1.4.3. Es una Ley de autorización singular.** Compartimos el criterio del Dr. Mario Roberto Molano, quien sostiene que dicha Ley es de *autorización singular*, porque tiene que definir el objeto concreto de dicha autorización, y nunca podrá

contener una autorización genérica.<sup>6</sup>

**1.4.4. El contenido de la Ley es particular y concreto.** Siguiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional<sup>7</sup>, la Ley que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta es una Ley en sentido formal *“pues sólo es Ley por su origen y su formación, y no por su contenido. Este contenido no es general y abstracto, sino particular y concreto”*. (...) *“Y por ser particular y concreta tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada”*.

De la providencia en estudio se desprende que resulta inadmisibles una autorización legal indefinida e ilimitada para autorizar la creación de sociedades de economía mixta del orden nacional.

## **1.5 FINALIDADES QUE CUMPLEN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN**

**1.5.1. Intervención del Estado en la economía a través de las sociedades de economía mixta.** La actividad económica, industrial o comercial no ha sido desarrollada de manera aislada por los empresarios particulares. Al Estado le interesa intervenir para racionalizar la economía y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo<sup>8</sup>, todo ello con el fin de salvaguardar los intereses colectivos.

Una manera de intervención es precisamente a través de las sociedades de economía mixta que resultan un medio de colaboración financiera y técnica entre

---

<sup>6</sup> MOLANO, Mario Roberto. Conferencias de Derecho Administrativo General (apuntes de clase: derecho administrativo general. Tercer año de derecho 2001-2002). 1999. Pontificia Universidad Javeriana.

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-375 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

<sup>8</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 334.

las entidades del Estado y los particulares.

**1.5.2 A través de las sociedades de economía mixta se desarrollan los fines del Estado.** Al constituirse una sociedad de economía mixta –no importa cuál sea el porcentaje de capital estatal y privado- se trata de una *empresa* cuya rentabilidad, rendimiento, eficiencia y eficacia interesa tanto a los socios o accionistas como al país, ya que nuestro crecimiento económico depende de todas las empresas, en todos los sectores, cualquiera que sea su naturaleza: privada, pública o mixta.

No debemos olvidar que *“toda empresa como base del desarrollo tiene una función social, que implica obligaciones”*<sup>9</sup>.

Las sociedades de economía mixta tienen su razón de ser en el cumplimiento de las finalidades del Estado<sup>10</sup>, entre ellas: *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general” (...)*<sup>11</sup>, *“el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (...)*<sup>12</sup>”. Ejemplo de ello, lo ofrece la Ley 363 de febrero 19 de 1997, al definir los Fondos Ganaderos como sociedades de economía mixta, que tienen como objeto social el fomento, mejoramiento y sostenibilidad del sector agropecuario<sup>13</sup>.

**1.5.3 El Estado y su participación en las sociedades de economía mixta.** A través de las sociedades de economía mixta el Estado busca hacer realidad sus cometidos<sup>14</sup>. Es por ello que al Gobierno le interesa más la orientación y dirección

---

<sup>9</sup> *Ibíd.* inciso 3°, Artículo 333.

<sup>10</sup> En esta misma obra véase capítulo XII “Objeto Social de las Sociedades de Economía Mixta”.

<sup>11</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 2°.

<sup>12</sup> *Ibíd.* Artículo 366.

<sup>13</sup> PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo Parte General. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 2000. p. 155.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 154.



de la empresa, que su participación en los beneficios.<sup>15</sup>

Toda empresa debe buscar ser eficiente, eficaz y rentable, de lo contrario, la satisfacción de los fines estatales resultará menguada en detrimento de los intereses colectivos cuya protección se desprende de la función social del Estado Social y Democrático de Derecho. Asimismo se contraponen a esta finalidad una actitud absolutamente capitalista, en donde el Estado va al extremo de buscar obtener, exclusivamente, utilidades o dividendos, descuidando el interés general.

## **1.6 ¿POR QUÉ RAZONES PARTICIPAN ACCIONISTAS PARTICULARES CON EL ESTADO O SUS ENTIDADES?**

Muchas veces los particulares tienen la experiencia, la capacitación y los conocimientos indispensables para el buen funcionamiento de la empresa, y el Estado es quien ingresa a la sociedad como socio capitalista.

En ocasiones el Estado ingresa a las sociedades de economía mixta cuando la participación de los particulares en el mercado que desarrollan no es idóneo, o cuando éstos no tienen la iniciativa de crear una empresa determinada por tratarse de una actividad económica riesgosa<sup>16</sup>.

En últimas, las razones que justifican la asociación entre el Estado, o sus entidades con los particulares, sin perjuicio de que existan otras, como es lógico, son las siguientes:

- a). Cumplir con los fines estatales: promoviendo la prosperidad general, sirviendo a la comunidad a través de una “empresa”.
- b). Beneficiarse de cualidades que poseen los particulares: experiencia en el área

---

<sup>15</sup> Ibídem, p. 171.

<sup>16</sup> En esta misma obra véase Capítulo XIII “Objeto Social. Razones de intervención del Estado”.

de interés, conocimiento, capacidad tecnológica, financiera, de gestión y de manejo.

c). Por último, los particulares pueden necesitar ayuda del Estado, ya que sus aportes no solamente pueden ser en dinero, sino también en ventajas financieras<sup>17</sup> como el descuento de toda o parte de su cartera en un establecimiento de crédito oficial, el redescuento de ciertos títulos valores en el banco emisor, los cupos de crédito generales o específicos, etc.; ventajas fiscales como por ejemplo la exención de derechos de aduana, la exención total o parcial de impuestos directos o indirectos, cuotas o contribuciones especiales; la garantía de las obligaciones de la sociedad, las cuales pueden amparar la totalidad de las obligaciones de la sociedad o solamente algunas determinadas; la suscripción de los bonos que la misma emita; el aporte de títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado, que en ocasiones resultan atractivos para los inversionistas<sup>18</sup>.

## **1.7 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COMO INSTRUMENTO PARA LA SATISFACCIÓN DE LAS FINALIDADES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

Tal como se desprende del artículo 4° de la Ley 489 de 1998:

*“La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”.*

Atendiendo a los preceptos constitucionales y legales, las sociedades de economía mixta están llamadas al desarrollo de su objeto social<sup>19</sup> consultando

---

<sup>17</sup> Ley 489 de 1998, Artículo 100.

<sup>18</sup> En esta misma obra véase Capítulo XII “Capital Social”.

<sup>19</sup> En esta misma obra véase Capítulo XIII “Objeto Social”.

siempre los principios de *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad*<sup>20</sup>, *responsabilidad y transparencia*<sup>21</sup>.

A continuación presentamos una breve descripción del significado de cada uno de éstos principios.

## **1.8 PRINCIPIOS DEL ARTÍCULO 209 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA APLICABLES A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

**1.8.1 El principio de igualdad en las sociedades de economía mixta.** La igualdad es un principio rector de la función administrativa, según el cual “las autoridades y todos los servidores públicos deben darles el mismo tratamiento a los administrados que se encuentren en la misma situación o hipótesis de hecho, sin que les sea permitido tener respecto de algunos de ellos preferencias”.<sup>22</sup>

La Corte Constitucional ha insistido en que este principio no consiste en prever para todas las situaciones idénticas consecuencias, ni en definir sin distinciones que todos los individuos estarán sujetos a las mismas reglas, dentro de una concepción absoluta y matemática, sino de dar el mismo trato a los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y en establecer una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales.<sup>23</sup>

Así pues, toda empresa de economía mixta está llamada a aplicar el principio de igualdad al interior de la sociedad, como a las personas naturales o jurídicas que tengan una relación directa con ésta.

---

<sup>20</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 209.

<sup>21</sup> Ley 489 de 1998, Artículo 3°.

<sup>22</sup> PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis, 1997. p. 432.

<sup>23</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-355 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández.

**1.8.2 Principio de moralidad.** El principio de moralidad, aplicado a las sociedades de economía mixta, implica que todos sus funcionarios observen en el ejercicio de sus actuaciones la Ley y la ética propia del ejercicio de la función administrativa<sup>24</sup>.

**1.8.3 Principio de eficacia.** A través de la eficacia las sociedades de economía mixta deberán determinar con claridad la misión, propósitos y metas de cada una de sus dependencias; su actuación deberá tender a la excelencia en la prestación de servicios y en su funcionamiento interno.<sup>25</sup>

**1.8.4 Principio de economía<sup>26</sup>.** Este principio de la función administrativa es plenamente aplicable a las sociedades de economía mixta, en el sentido de que éstas entidades están llamadas a buscar mayores resultados o beneficios sociales utilizando la menor cantidad de recursos posibles; procurar la toma de decisiones y el cumplimiento de sus funciones y la prestación de servicios con agilidad; así como evitar que los administrados incurran en gastos innecesarios.

**1.8.5 Principio de Celeridad.** La celeridad hace referencia a que las sociedades de economía mixta actúen sin dilaciones, adelantando los procedimientos y trámites establecidos dentro de los términos señalados por la Ley o el reglamento para el cumplimiento de sus funciones y la prestación de los servicios a su cargo, sin desmedro de la buena calidad de los mismos o de los intereses de la administración.<sup>27</sup>

Este principio, al igual que el de la economía, busca la maximización de resultados o beneficios sociales, con la menor cantidad de recursos posibles. Implica el

---

<sup>24</sup> *Ibíd*em, Sentencia No. T-125 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz

<sup>25</sup> Ley 136 de 1994, Artículo 5°.

<sup>26</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-010 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>27</sup> PEREZ, Op. Cit., p. 433.

impulso oficioso de los procedimientos y la supresión de trámites innecesarios.<sup>28</sup>

**1.8.6 Principio de imparcialidad.** Las sociedades de economía mixta deberán asegurar, en todas sus actuaciones, los derechos y garantías de todas las personas sin ningún género de discriminación.

Es de alguna manera consecuencia del principio de igualdad, porque sin causa razonable y objetiva, no podrán favorecer a personas o intereses particulares.<sup>29</sup>

**1.8.7 Principio de publicidad.** Por regla general, las actuaciones de la Administración tienen que ser públicas, es decir, conocidas por cualquier persona. En este sentido, y salvo las excepciones previstas en disposiciones legales -tales como el artículo 61 del Código de Comercio relativo a la reserva de los libros y papeles del comerciante- las sociedades de economía mixta están llamadas a consultar el principio de publicidad en los actos que desarrollen.

**1.8.8 Principio de responsabilidad<sup>30</sup>.** Los funcionarios de las sociedades de economía mixta responderán si llegaren a infringir la Constitución y la Ley, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 210 de la Constitución Política dispone que la Ley deberá definir el régimen de responsabilidad de los Presidentes, Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas.

La responsabilidad puede ser civil, administrativa, penal, disciplinaria y fiscal, y se concretará por las autoridades y conforme a los procedimientos que rijan para

---

<sup>28</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-125 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

<sup>29</sup> Ibídem, Sentencia No. C-444 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>30</sup> En esta misma obra véase numeral 15.2 "Responsabilidad del Estado".

cada una de ellas<sup>31</sup>.

**1.8.9 Principio de transparencia.** El principio de transparencia, es de una u otra manera desarrollo de los principios de publicidad, moralidad y de control propios de la función administrativa. Implica que los actos y hechos realizados al interior de las sociedades de economía mixta no tengan nada que ocultar (por ello gozan de publicidad), y que hayan consultado la Constitución, la Ley y el contrato societario.

---

<sup>31</sup> En esta misma obra véase numeral 15.6 “Responsabilidad de los actos realizados por las sociedades de economía mixta”.

## CAPITULO II

### 2. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COMO MANIFESTACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS

#### 2.1 MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN

El artículo 1° de la Constitución Política declara que “*Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...*”.

De la disposición precedente tenemos que el Estado colombiano está organizado en forma de *República Unitaria* donde “existe un solo centro de impulsión política y administrativa, es decir, la soberanía se ejerce directamente sobre todo el conglomerado social asentado sobre un mismo territorio. De esta suerte, la totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, que es la persona jurídica llamada Estado”<sup>32</sup>.

#### 2.2 LA CENTRALIZACIÓN POLÍTICA

La *centralización política*, es propia del Estado unitario. La centralización se define como la radicación de todas las tareas y funciones públicas en manos del Estado, monopolizándolas para sí<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá D.C.: Temis, 2000. p. 290.

<sup>33</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 10ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2000. p. 42.

### 2.3 LA DESCENTRALIZACIÓN

No es común que un Estado sea rígidamente centralizado. Es factible que dentro de una forma de Estado unitario se implemente la *descentralización*.

*“Entendida como un cierto grado de libertad para el manejo de algunas actividades a nivel predominantemente administrativo, en tanto que en el Estado federal la descentralización alcanza un grado tal que no solo trasciende los niveles administrativo y legislativo sino que llega también al corazón mismo del nivel constitucional”*.<sup>34</sup>

### 2.4 CONCEPTO DE DESCENTRALIZACIÓN PARA LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia define la *descentralización* como la transferencia de una parte de la actividad estatal a una entidad de determinadas características, creada o autorizada por la Ley, para cumplir una finalidad de interés general.<sup>35</sup>

### 2.5 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Por disposición constitucional expresa Colombia es descentralizada y se habla de manera general de una descentralización administrativa porque dentro de un Estado unitario la descentralización no es total, es decir no se predica de todas las facultades que éste tiene para gobernar una colectividad a saber: funciones constitucional, legislativa, ejecutiva y jurisdiccional.

Ocurre distinto en el Estado federal donde las colectividades que lo componen poseen estas cuatro funciones, o por lo menos las tres últimas.<sup>36</sup> En la misma

---

<sup>34</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-157 de septiembre 15 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 20 de octubre de 1971.

<sup>36</sup> RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 45.



línea el Dr. Libardo Rodríguez afirma que desde el punto de vista jurídico sólo es posible hablar de *descentralización administrativa*, pues una descentralización con respecto a todas las Ramas del Poder Público sólo es predicable en un Estado federal.<sup>37</sup>

## 2.6 CLASES DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Dentro de las clases de descentralización administrativa se distinguen: la *descentralización territorial*, la *descentralización especializada o por servicios*, y la *descentralización por colaboración*.

**2.6.1 Descentralización territorial.** Entendida como el “otorgamiento de competencias y funciones administrativas a las colectividades regionales o locales, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad<sup>38</sup>”. En Colombia la figura de la descentralización territorial “se manifiesta a través de los departamentos, distritos, municipios, que reciben el nombre de *entidades territoriales*”,<sup>39</sup> organismos reconocidos expresamente en el Título XI de la Constitución Política, sobre la *Organización Territorial*, en su artículo 286.<sup>40</sup>

La descentralización territorial se caracteriza porque los entes tienen **autonomía**<sup>41</sup> para la gestión de sus intereses, siempre dentro de los límites establecidos en la Constitución y en la Ley<sup>42</sup>; gozan de **personería jurídica**<sup>43</sup>; se gobiernan por sus

---

<sup>37</sup> Ibídem.

<sup>38</sup> Ibídem.

<sup>39</sup> Ibídem.

<sup>40</sup> El artículo en referencia también agrega que “*La Ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y la Ley*”

<sup>41</sup> La autonomía de las entidades territoriales es tanto administrativa, pues se les permite elegir la manera como van a organizarse internamente, pero también es autonomía financiera, ya que la misma Constitución en su artículo 362 dispuso que estos organismos tuvieran un patrimonio propio e independiente al de la Nación. Asimismo el artículo 287 numeral 3° establece que las entidades territoriales tienen el derecho no solo de administrar sus recursos, sino que también las faculta para establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

<sup>42</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 287.

***propias autoridades***<sup>44</sup>; pero también están ***sujetas al control del poder central***, “pues tratándose de un sistema unitario no puede pensarse que las entidades territoriales gocen de total autonomía”.<sup>45</sup>.

La descentralización territorial encuentra su fundamento constitucional en el Artículo 1° de la Carta. Para algunos autores, el Artículo 1° de la Constitución Política consagra una descentralización de carácter político: *es el fundamento para la existencia de las entidades territoriales, permitiendo la organización del Estado*<sup>46</sup>.

Los cimientos de esta modalidad de descentralización son políticos y de conveniencia. Políticos, por permitir un auto gobierno de las entidades territoriales, lo cual es una manifestación de la *democracia* (se eligen popularmente a las autoridades de las entidades territoriales) y de conveniencia, en tanto que resulta favorable para la comunidad tener la capacidad de resolver sus propios asuntos en vez de que el Estado se los resuelva directamente<sup>47</sup>.

**2.6.2. Descentralización por colaboración.** La *descentralización por colaboración* hace referencia al otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las *personas u organismos particulares*, especialmente de aquellas que tienen el carácter de personas jurídicas sin ánimo de lucro, para dar a través de ellas una participación directa a los asociados y hacerlos miembros de esas asociaciones o corporaciones en el ejercicio de la función administrativa<sup>48</sup>. Ejemplo de esta modalidad de descentralización lo observamos en el ejercicio de

---

<sup>43</sup> Los artículos 3° del Código de Régimen Departamental y 4° del Código de Régimen Municipal reconocen expresamente la calidad de personas jurídicas de los departamentos y municipios. (En: RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Librado. Ob Cit., p 46).

<sup>44</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 287 numeral 1°.

<sup>45</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Ob Cit., p 47

<sup>46</sup> HERNANDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia. Bogotá D.C.: Legis, 1999. p. 51.

<sup>47</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 46.

<sup>48</sup> TAFUR, Alvaro. Estudios de Derecho publico. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997. p. 137.

la función de Registro Público Mercantil que ejercen las Cámaras de Comercio, las funciones administrativas en manos de la Federación Nacional de Cafeteros, entre otros eventos<sup>49</sup>.

**2.6.3 Descentralización por servicios.** En la *descentralización por servicios o funcional*, donde se otorgan competencias o funciones de la Administración a *entidades* que se crean para ejercer una actividad especializada<sup>50</sup>. Una de esas entidades, son entre otras, las sociedades de economía mixta.

## **2.7 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SE DESARROLLA MEDIANTE LA DESCENTRALIZACIÓN**

El artículo 209 de la Constitución Política expresa que el desarrollo de la función administrativa se puede llevar a cabo mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones en cada nivel del Estado.

El concepto de descentralización previsto en éste artículo da origen a las entidades descentralizadas con carácter técnico, permite la organización en sectores administrativos y de los institutos descentralizados<sup>51</sup>.

De este modo, la función administrativa al interior de cada nivel del ejecutivo se cumple de manera descentralizada.

## **2.8 CARACTERÍSTICAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL O POR SERVICIOS**

Los elementos que caracterizan la descentralización funcional se aplican a todas las entidades de la Administración Pública, del sector descentralizado por

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p 31 y ss

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 47

<sup>51</sup> HERNANDEZ, Op. Cit., p. 51

servicios: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta y las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que se creen, organice o autorice la Ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público; así lo estipulan los artículos. 38 numeral 2° y 68 de la Ley 489 de 1998 que regula la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

## **2.9 ELEMENTOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL O POR SERVICIOS**

En la descentralización funcional o por servicios se presentan los siguientes elementos<sup>52</sup>: ejercicio de una actividad determinada, existencia de personería jurídica, el nombramiento de las autoridades se hace al interior de la entidad y control del poder central a las entidades.

**2.9.1 Actividad Determinada.** En toda entidad descentralizada por servicios es necesario que exista una *actividad determinada* de tal importancia que el desarrollo de la misma se otorgue a una entidad para que lo haga más especializada y técnicamente. En las sociedades de economía mixta se desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial.

**2.9.2 Personería jurídica.** Las entidades descentralizadas por servicios deben tener *personería jurídica*<sup>53</sup>, esto es, capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones con el fin de poder realizar autónomamente la actividad que les ha sido confiada.

---

<sup>52</sup> En esta misma obra véase numeral 2.6.3. “Descentralización por servicios”

<sup>53</sup> Código Civil, Artículo 633

De la personería jurídica se desprende la capacidad de auto-organización, de ejecución, decisión y poder de reglamentación interno (creando dependencias, empleos, estableciendo reglamentos), lo que en últimas se conoce como la *autonomía administrativa*. El otorgamiento de la personalidad jurídica, comporta adicionalmente el reconocimiento de la *autonomía financiera*, propio de las personas jurídicas. Estas entidades necesitan un patrimonio y un presupuesto propio, diferente del patrimonio y presupuesto del Estado.

### **2.9.3 El Nombramiento de sus autoridades se realiza al interior de la entidad.**

La misma entidad tiene la potestad de nombrar las autoridades que la dirigen, más exactamente las de los niveles inferiores, pues generalmente los niveles directivos y ejecutivos provienen de un nombramiento del poder central. En las sociedades de economía mixta haremos referencia a estos nombramientos en el capítulo pertinente<sup>54</sup>.

**2.9.4 Las entidades son controladas por el poder central.** El Poder Central ejerce control sobre las entidades descentralizadas. Ello es así, atendiendo a que las entidades descentralizadas gozan de autonomía pero no son independientes respecto del Poder Central. Para los expertos en Derecho Administrativo, el control que se aplica en el caso de las entidades descentralizadas, se denomina *control de tutela*.<sup>55</sup> En términos generales, “*el control sobre las sociedades de economía mixta se cumple en los términos de los correspondientes convenios, planes o programas que deberán celebrarse periódicamente con la Nación, a través del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo*” (artículos 106 y 107 de la Ley 489 de 1998). Dada la importancia de este elemento en las sociedades de economía mixta, lo estudiaremos más adelante de manera detallada<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.1. “Control administrativo o control de tutela”.

<sup>55</sup> RODRIGUEZ, Op. Cit. p. 53.

<sup>56</sup> En esta misma obra véase numeral 15.4.1 . “Ministerios que ejercen Control de Tutela”.

## CAPITULO III

### 3. RELACION ENTRE LA ADSCRIPCION, LA VINCULACION Y LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

#### 3.1 DE LA ADSCRIPCIÓN Y LA VINCULACIÓN

**3.1.1 Generalidades.** Los organismos y entidades estatales pueden encontrarse adscritas o vinculadas a la Administración. Dependiendo de ello, se aplicará con más rigor el derecho público, para el primer caso, y el derecho privado para el segundo.

**3.1.2 De la vinculación.** *La vinculación* hace referencia a un vínculo con la Administración Central. En este grado se otorga mayor autonomía que a las entidades adscritas.

3.1.2.1 Consecuencias de la vinculación. Es propio de las entidades vinculadas, que tengan a su cargo la prestación de un servicio público de carácter industrial, comercial o financiero que puede ser ejercido por los particulares, es decir, que por su naturaleza la actividad pueda ser desempeñada por particulares<sup>57</sup>.

Otro criterio propio de la vinculación, es que las entidades se regulan por el derecho mercantil y se aplica el derecho público en cuanto a la relación con el organismo de la Administración al cual se encuentran vinculadas. Además, de la vinculación emana el control de tutela. Entre los organismos vinculados tenemos a las Sociedades de Economía Mixta y a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

---

<sup>57</sup> En esta misma obra véase Capítulo XIII "Objeto Social".

**3.1.3 De la adscripción.** El fenómeno de “*la adscripción*”, es propio de entidades como las Superintendencias y las Unidades Administrativas Especiales.

A las entidades adscritas la Ley les otorga directamente una función que corresponde en principio a la autoridad superior, lo que se conoce como “*desconcentración por adscripción*”.

3.1.3.1 Características de las entidades adscritas. Las entidades adscritas se caracterizan porque se les aplica íntegramente el derecho público, sin perjuicio de aquellos casos excepcionales en los cuales se permite la aplicación del derecho privado, como en algunos contratos.

Por tal razón las actuaciones administrativas, el ejercicio del derecho de petición, la vía gubernativa, la responsabilidad de los funcionarios y de las mismas entidades y el control de los actos y hechos administrativos, se rigen por las normas del Código Contencioso Administrativo<sup>58</sup>; la función pública, en sus distintos aspectos, por reglamentos como los Decretos 3135 de 1968, 2400 del mismo año, 1848 de 1969 y 1042 de 1978; la contratación estatal por la Ley 80 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias, y para la estructura administrativa y funcionamiento se aplican normas como las consagradas en la Ley 489 de 1998.<sup>59</sup>

La adscripción significa también, tener menor autonomía que las entidades vinculadas, pues la autonomía administrativa y financiera está determinada por la Ley.

---

<sup>58</sup> El Código Contencioso Administrativo fue adoptado por el Decreto 01 de 1984, el cual ha sufrido varias modificaciones por diversas normas, entre ellas por la Ley 57 de 1985, Decreto 597 de 1988, Ley 14 de 1988, Decretos 2278, 2280, 2288, 2304 y 2867 de 1989, Acuerdo 39 de 1990, Ley 23 de 1991, Decretos 171, 173 y 768 de 1993, Leyes 63 y 80 de 1993, Ley 160 de 1994, Leyes 446 y 448 de 1998, y Decreto 219 de 2000.

<sup>59</sup> BUSTAMANTE, Alvaro. Derecho Administrativo Colombiano. Tomo I. Medellín: 1994, Editorial Jurídica de Colombia. p. 44.

**3.1.4 Orígenes de la vinculación y de la adscripción.** Los nexos de vinculación y adscripción de las entidades con la Administración, tienen su origen en el concepto de *descentralización por servicios*, la cual implica la existencia de un poder de supervisión y orientación que se ejerce para constatar que las decisiones de los órganos descentralizados se han ejercido en armonía con las políticas generales adoptadas por el sector al cual se encuentran vinculadas. De este modo, el denominado *control de tutela* es una consecuencia de la descentralización. Con relación al punto que venimos tratando, la Corte Constitucional expresó que:

*“(…) La Constitución no define qué cosa es la descentralización, pero acudiendo a lo que usualmente se entendía por tal sistema de organización administrativa al momento de expedirse la Carta, el intérprete puede concluir que cuando el constituyente hizo mención del mismo, se refería a aquella figura jurídica tal y como la Ley, la doctrina y la jurisprudencia colombiana la entendían entonces. En este sentido, dicha figura involucra entre nosotros, desde 1968, el concepto de vinculación del ente funcionalmente descentralizado a un ministerio o departamento administrativo, el cual ejerce un control de tutela sobre el primero, con miras a obtener la coordinación de la función administrativa. Así las cosas, el control de tutela parte de la base de la distinción entre organismos superiores e inferiores dentro de la estructura administrativa (Subrayado fuera de texto).*

*Dentro del desarrollo histórico de la figura del control de tutela entre nosotros, vale la pena recordar, por lo que tiene que ver con el tema que ahora se debate, que dentro de la reforma administrativa de 1968 diversos artículos de los Decretos 1050 y 3130 de ese año establecieron mecanismos para el ejercicio de dicho control de tutela sobre las entidades descentralizadas, otorgando facultades en cabeza de los ministros o los jefes de departamento administrativo a los cuales se adscriban o vinculan las entidades descentralizadas. Todo lo anterior permite concluir que entre nosotros la descentralización por servicios siempre ha tenido como presupuesto una relación que implica un poder de supervisión y orientación que se ejerce para la constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, y que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió*



*esta forma de organización administrativa.*

*Por ello no resulta contrario ni al espíritu de la Carta, que la Ley hable de que los representantes legales de las entidades descentralizadas tengan un superior inmediato (...). Ello no supone que dicho superior ejerza un control jerárquico, en su noción clásica, (...). Significa tan solo, que ese superior inmediato ejerce el control administrativo propio de la descentralización. (...)*

*No resulta contrario a la Constitución (...) que los ministros actúen como superior inmediato de los representantes legales de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas. Ello bajo el entendimiento de que esta superioridad le confiere el control administrativo que es propio de la figura de la descentralización, y que debe entenderse dentro del contexto normativo completo de la Ley 489 de 1998 (...).<sup>60</sup>*

**3.1.5. Las Sociedades de Economía Mixta se encuentran Vinculadas a la Administración.** En los términos del párrafo del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta se encuentran vinculadas a la Administración.

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 489 de 1998, el acto de constitución de estas entidades debe incluir cuál es el ministerio o el departamento administrativo al cual se encuentra vinculada la sociedad, para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.

A continuación citaremos textualmente las normas a las que nos estamos refiriendo:

*“Artículo 50. Párrafo. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y*

---

<sup>60</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-727 de 21 de junio de 2000. Referencia: Expediente D-2696. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8 párrafo (parcial), 9 párrafo (parcial), 12 párrafo, 14, 38 numeral 1 literal b y numeral 2 literal c (parcial), 49 (parcial), 52 numeral 6 (parcial), 56 párrafo (parcial), 61 literal h (parcial), 63 (parcial), 68 (parcial), 71 (parcial), 78 párrafo (parcial), 82 y 85 (parcial) de la Ley 489 de 1998.

*comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculadas, según lo determine su acto de creación”*

*“Artículo 98. Condiciones de participación de las entidades públicas. En el acto de constitución de toda sociedad d economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.”*

El hecho de que las sociedades de economía mixta se encuentren vinculadas a la Administración no significa que no hagan parte de la estructura del Estado<sup>61</sup>, <sup>62</sup>.

En la tabla que sigue a continuación (Tabla 1), contiene una lista de las sociedades de economía mixta en donde realizamos nuestro trabajo de campo, y al lado izquierdo se especifica el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual se encuentran vinculadas.

---

<sup>61</sup> En esta misma obra véase el Capítulo I “aspectos constitucionales de las sociedades de economía mixta”.

<sup>62</sup> En esta misma obra véase Capítulo IV “Las sociedades de economía mixta dentro de la estructura del Estado”.

**Tabla No. 1. Principales Sociedades de economía mixta en Colombia del Orden Nacional**

Nombre de la entidad	Ministerio o Departamento Administrativo al cual se encuentra vinculada
BANCAFE	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
BANESTADO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
CENTRAL DE INVERSIONES. CISA	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
COFINPRO S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
LA PREVISORA S.A. (Compañía de seguros)	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
FIDUESTADO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
FINANCIERA FES	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
GRANAHORRAR	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	DESARROLLO ECONÓMICO
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI)	DESARROLLO ECONÓMICO
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	DESARROLLO ECONÓMICO
VECOL S.A.	AGRICULTURA
BANAGRARIO S.A.	AGRICULTURA
FINAGRO S.A.	AGRICULTURA
FIDUCOLDEX	COMERCIO EXTERIOR
BANCOLDEX	COMERCIO EXTERIOR
CORPORACIÓN DE INDUSTRIA AERONÁUTICA S.A.	DEFENSA
SOCIEDAD HOTEL SAN DIEGO S.A. HOTEL TEQUENDAMA	DEFENSA
SOCIEDAD FERROVIARIA S.A.	TRANSPORTE

<sup>63</sup> Nótese que en el orden nacional ninguna sociedad de economía mixta se encuentra vinculada a un Departamento Administrativo. Se observa que la mayoría de estas entidades están vinculadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

## CAPITULO IV

### 4. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DENTRO DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

#### 4.1 ESTRUCTURA DEL ESTADO COLOMBIANO DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Constitución Política colombiana de 1991, se refiere a “la estructura del Estado”, en el Capítulo I del Título V, sobre la “organización del Estado”, la cual está determinada por las tres Ramas del Poder Público.

En este capítulo el constituyente buscó consagrar las ideas básicas de la organización del Estado, tales como: las Ramas del Poder Público<sup>64</sup>; los órganos del Estado<sup>65</sup>; las funciones<sup>66</sup>; y las entidades<sup>67</sup> descentralizadas<sup>68</sup>.

En líneas generales, la Estructura del Estado colombiano en la Carta de 1991 está determinada por las tres Ramas del Poder Público: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial, los Órganos de Control, La Organización Electoral y otros órganos autónomos e independientes del Estado, que en los términos del inciso 2° del artículo 113, artículos 117 al 119 de la Constitución Política son: el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> El Estado es el titular del Poder Público que es uno, y cosa distinta es que para su ejercicio se distribuya la acción en ramas u órganos que hagan efectivo su funcionamiento.

<sup>65</sup> Cumplen cada uno de ellos, con una función básica, sin perjuicio de que ejerzan otras en condiciones especiales. De donde es menester una cláusula general de competencia respecto de cada función básica, con el fin de evitar vacíos que entorpezcan la eficacia del Estado.

<sup>66</sup> Se distribuyen las funciones básicas en virtud de las competencias que se asignan a las personas, individuales o colegiadas, que conforman los diferentes órganos.

<sup>67</sup> La creación de entidades del Estado que cumplan con algunas funciones debe ser estrictamente regulada por la Constitución, asignando esa competencia al legislador u otro órgano, y determinando las condiciones de su ejercicio.

<sup>68</sup> GACETA CONSTITUCIONAL No. 59, p. 2.

<sup>69</sup> La Carta de 1886 establecía en su artículo 57 el principio de separación de poderes en los siguientes términos: “*Todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones*”. Posteriormente, con el Acto Legislativo No. 1° de 1936, ya no se habla de poderes sino de *órganos del Poder Público* y se atenuó la separación estableciendo la

## **4.2 LA RAMA EJECUTIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

Para determinar dónde están ubicadas las sociedades de economía mixta, nos interesa analizar cuál es la conformación de la Rama Ejecutiva. Resulta pertinente consultar los artículos 113 y subsiguientes de la Constitución Política.

El último inciso del artículo 115 de la Constitución Política dispone que “*las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, forman parte de la rama ejecutiva*”. Observamos que el constituyente no incluyó a las sociedades de economía mixta como parte de la Rama Ejecutiva, ni dentro de la organización del Estado. ¿A qué obedece esta ausencia?. Resulta necesario revisar cuáles fueron las precisiones que se hicieron en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el tema y confrontar la Ley vigente (Ley 489 de 1998) con las disposiciones constitucionales.

## **4.3 DISCUSIÓN DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**

El texto del artículo 115 de la Constitución Política, correspondía al 55 del articulado presentado por el Gobierno a la Asamblea Nacional Constituyente<sup>70</sup>.

El artículo se aprobó en primer debate el 20 de junio de 1991, en esta oportunidad equivalía al Artículo 57, cuyo inciso tercero disponía que “*Los Gobernadores y los Alcaldes forman parte de la Rama Ejecutiva, así como las Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado*”.

---

colaboración armónica. Se señalaron como órganos el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Mediante el Acto Legislativo No. 1° de 1945, se mantuvo la tridivisión clásica, pero no en órganos sino en Ramas del Poder Público. *Ibíd.*, No. 59, p. 4.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, No. 120.

En segundo debate, el artículo 120 del proyecto fue aprobado como texto definitivo, y establecía en su inciso tercero que *“las Gobernaciones y Alcaldías, así como las superintendencias, establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva”*<sup>71</sup>.

El texto definitivamente aprobado se publicó en la Gaceta No. 114, que incluye la versión final de los artículos aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente, entre ellos el artículo 120 que correspondía al aprobado en segundo debate.

Debemos destacar que dentro de los informes y las ponencias de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, cuyos integrantes fueron los señores Hernando Herrera, Carlos Lleras de La Fuente, Antonio Navarro Wolff, José Matías Ortiz y Abel Ortiz, no se discutió si las sociedades de economía mixta hacen parte o no de la Estructura del Estado, en la Rama Ejecutiva del Poder Público<sup>72</sup>.

#### **4.4 LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA HACEN PARTE DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO**

Las disposiciones constitucionales relativas a la Estructura del Estado, son de carácter *enunciativo*, es decir, no comprenden a todos y a cada uno de los organismos o entidades que la integran, y por ende la enumeración no es taxativa.

No tiene sentido argumentar, como sostienen algunos constitucionalistas<sup>73</sup>, que

---

<sup>71</sup> *Ibíd*em, No. 113

<sup>72</sup> *Ibíd*em, No. 52, p. 9ss, No. 59, p. 2ss.

<sup>73</sup> Esta posición fue adoptada por los doctores Juan Manuel Charry Uruña y Jorge Leyva Valenzuela, quienes sostienen que *“las sociedades de economía mixta no hacen parte de la estructura del Estado, no hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, están vinculadas a la Administración Nacional, son entidades descentralizadas, y no son entidades estatales para lo de la contratación si la participación del Estado es inferior al 50%. Desde el punto de vista doctrinario, ni siquiera serían sociedades de economía mixta si las entidades públicas accionistas no son mayoritarias ni ejercen una injerencia decisiva en la dirección y el funcionamiento de la*

las sociedades de economía mixta no hacen parte de la Rama Ejecutiva, porque el artículo 115 de la Constitución Política no dice que estas entidades hagan parte del Ejecutivo. No es necesario que se dedique un artículo de la Constitución para especificar que estas entidades hacen parte de la Rama Ejecutiva. Es más, el artículo 210 de la Constitución Política dispone que las entidades descentralizadas del orden nacional sólo podrán ser creadas por Ley o por autorización de ésta, asimismo, la Ley deberá establecer el régimen jurídico de estas entidades.

En la actualidad la Ley 489 de 1998 desarrolla este mandato constitucional. En esta Ley, de manera expresa se consagra que las sociedades de economía mixta integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el orden nacional del sector descentralizados por servicios tal como se desprende del Artículo 38: *“La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades 1. Del Sector Central (...), 2. Del Sector descentralizado por servicios: f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta”*.

Además, existen otras disposiciones constitucionales que contemplan expresamente a las sociedades de economía mixta dentro de la Estructura de la Administración, como lo es el numeral 7° del artículo 150<sup>74</sup> de la Constitución, numeral 7° del artículo 300<sup>75</sup> y numeral 6° del artículo 313<sup>76</sup>.

---

*entidad. Por lo tanto las sociedades de economía mixta no conforman parte de la Estructura del Estado”*. En: CHARRY URUEÑA, Juan Manuel., y LEYVA VALENZUELA Jorge. “Sociedades de Economía Mixta y la Estructura del Estado”. En: Revista Universitas No. 90, Junio de 1996. Bogotá: p 145 y ss.

<sup>74</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 150. “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 7. Determinar la estructura de la Administración Nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; asimismo crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y *sociedades de economía mixta*”.

<sup>75</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de Ordenanzas: (...) Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de la remuneración correspondientes a sus distintas

De lo anterior podemos concluir que las sociedades de economía mixta hacen parte de la estructura del Estado, dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público así (véase Tabla 2):

**Tabla 2. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional<sup>77</sup>**

1. En el sector Central	2. En el sector descentralizado por servicios
<ul style="list-style-type: none"> <li>- La Presidencia de la República</li> <li>- La Vicepresidencia de la República</li> <li>- Los Consejos Superiores de la Administración</li> <li>- Los Ministerios</li> <li>- Los Departamentos Administrativos</li> <li>- Las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin Personería Jurídica</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los Establecimientos Públicos</li> <li>- Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado</li> <li>- Las Superintendencias y las Unidades Administrativas Especiales con Personería Jurídica</li> <li>- Las Empresas Sociales del Estado y las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios</li> <li>- Las Sociedades Públicas</li> <li>- <b>Las sociedades de economía mixta</b></li> <li>- Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la Ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público</li> </ul>

---

categorías de empleos; crear los establecimientos públicos o las empresas industriales y comerciales del Departamento y autorizar la formación de *sociedades de economía mixta*.

<sup>76</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 6. Corresponde a los Concejos: (...) 6° Determinar la estructura de la Administración Municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del Alcalde establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, y autorizar la constitución de *sociedades de economía mixta*.

<sup>77</sup> Ley 489 de 1998, artículo 38.



## CAPITULO V

### 5. LA DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

La Carta Política consagra dentro del Título II, Capítulo II, sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, el artículo 60 relacionado con la obligación que tiene el Estado cuando enajene su participación en una sociedad.

Al tenor del artículo 60 de la Carta *“cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria<sup>78</sup>”*.

#### 5.1 FINALIDAD DE LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD

La intención subyacente a este precepto constitucional radica en la protección que decidió otorgar el Constituyente a los trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores de las empresas en donde el Estado tenga participación accionaria.

La *democratización* implica que en los procesos de enajenación se utilicen

---

<sup>78</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-342 de 1996. *“(…) la democratización, constituye una estrategia del Estado en desarrollo de la cual, se busca facilitar dentro de los procesos de privatización, el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias, al dominio accionario de las empresas de participación oficial, otorgándoles para tal fin, condiciones especiales que les permitan lograr dichos objetivos. Como resultado de tal estrategia tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional (Artículo 57, 58 y 333), y por contera, reducir el tamaño de la concentración del dominio empresarial, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad”*.

mecanismos que garanticen amplia publicidad, libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria.

## **5.2 LEY 226 DE 1995**

La Carta, ordena la reglamentación del artículo 60, antes citado, y la Ley 226 de 1995 cumple con este mandato constitucional. En esta Ley se establecen los procedimientos que deben tenerse en cuenta para el ofrecimiento de las acciones, cuotas o partes de interés que cualquier entidad estatal tenga en una sociedad.

Anota con muy buen criterio el Dr. Francisco Reyes Villamizar<sup>79</sup> que “las normas vigentes dejan por fuera otras modalidades de enajenación como aquellas que se cumplen por vía de venta de activos o de capitalización adicional de la sociedad, mediante la emisión de acciones”.

## **5.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 226 DE 1995**

Reza el artículo 1° de la Ley 226 de 1995, que dicha norma se aplicará a la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa. Se desprende del artículo 1° que la Ley 226 tendrá aplicación en las sociedades de economía mixta, en la medida que en estas entidades el Estado tiene participación.

## **5.4 BIENES EXCLUIDOS DEL PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN**

Cuando el Estado enajene su participación accionaria, necesariamente deberán excluirse los derechos que la entidad estatal posea sobre fundaciones, obras de

---

<sup>79</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá D.C.: Temis, 2002. Tomo I., p 44

arte y en general bienes relacionados con el patrimonio histórico y cultural, ya que dichos bienes tienen que transferirse a favor de la Nación o de la entidad pública de carácter nacional que el Gobierno determine.

## 5.5 DESTINATARIOS EXCLUSIVOS

En el proceso de enajenación de la participación del Estado en el capital social existen unos destinatarios exclusivos de condiciones especiales que la Ley 226 determina.

**a). Los trabajadores activos:** personas naturales vinculadas a través de un contrato de trabajo en la entidad en donde el Estado tenga participación, y que tienen la obligación de prestar el servicio para el cual fueron contratadas, a cambio de un salario.

Se denominarán “trabajadores activos” siempre y cuando su contrato de trabajo esté vigente al momento en que el Estado inicia el proceso de enajenación de acciones.

**b). Pensionados:** los pensionados son aquellas personas naturales que estuvieron vinculadas por contrato de trabajo con una empresa, y que han recibido una prestación social denominada *pensión*. Para acceder a esta prestación es necesario que el trabajador se hubiere encontrado en cualquiera de los supuestos que exige el legislador para que se otorgue la misma.<sup>80</sup>

**c). Ex trabajadores:** personas naturales que estuvieron vinculadas con la entidad objeto de privatización o en las entidades donde el Estado tenga participación mayoritaria, y que su contrato de trabajo hubiere terminado por cualesquiera de

---

<sup>80</sup> Ley 100 de 1993, artículo 289 y ss.

las causales previstas en los artículos 61 y subsiguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

La Ley 226 de 1995 exige que los ex trabajadores hayan sido desvinculados por una causa injusta por parte del empleador

**d). Las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza:** las asociaciones de trabajadores o de ex trabajadores son medios de organización de la clase trabajadora en su lucha por el logro de mejores condiciones de vida. Estas asociaciones buscan proteger los derechos de los trabajadores<sup>81</sup>.

Entre los medios de asociación se encuentran los sindicatos, las federaciones y las confederaciones.

**e). Los sindicatos de trabajadores:** son asociaciones de trabajadores para proteger sus intereses.<sup>82</sup> En el caso que nos ocupa, se refiere a los sindicatos de trabajadores activos de la entidad en donde el Estado tenga participación accionaria.

**f). Las federaciones de sindicatos de trabajadores:** son asociaciones de los trabajadores de la entidad en donde el Estado ha decidido enajenar su participación accionaria. Las federaciones pueden ser de carácter nacional, regional, profesional o industrial.<sup>83</sup>

**g). Confederaciones de sindicatos de trabajadores:** las confederaciones de sindicatos son asociaciones de sindicatos de trabajadores de carácter nacional,

---

<sup>81</sup> CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Bogotá: Editorial Temis. 1988. p. 89.

<sup>82</sup> BOTTOMLEY, Arthur. Uso y abuso de los sindicatos. México: Editorial Trillas S.A., 1963. p. 11.

<sup>83</sup> CAMPOS, Op. Cit., p. 325

cuyos miembros se encuentran vinculados a la sociedad accionaria que se privatiza.

Tanto las federaciones, como las confederaciones de sindicatos tienen como función unificar el movimiento sindical, brindar orientación y asesoramiento, no solo ante los empleadores en la tramitación de sus conflictos, sino también ante las autoridades<sup>84</sup>.

**h). Fondos de empleados:** se definen como empresas asociativas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas con trabajadores de empresas particulares o de entidades estatales, que captan dinero de sus afiliados para fomentar el ahorro entre sus miembros.

Con los recursos obtenidos desarrollan actividades como la compra de bienes o de mercancías de consumo básico, que son adquiridas a su vez por los mismos asociados; colocación de los recursos en préstamos o líneas de crédito exclusivamente entre sus miembros, en condiciones de favorabilidad; y prestación de diferentes servicios sin ánimo de lucro conforme a su objeto social y su capacidad económica y financiera<sup>85</sup>.

**i). Los fondos mutuos de inversión:** son personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas, con características excepcionales derivadas de su calidad de institución financiera (de captación restringida) que connotan un régimen especial. Tienen ánimo de lucro a diferencia de los fondos de empleados<sup>86</sup>. El objeto de estos fondos es estimular el ahorro y canalizarlo hacia el mercado de capitales. El legislador les concede la posibilidad de otorgar créditos a los socios

---

<sup>84</sup> LAFONT, Francisco. Derecho Laboral Colectivo. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 1991. p. 95.

<sup>85</sup> PLATA VIDALES, Roberto y SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Los Fondos Mutuos de Inversión. En busca de su naturaleza jurídica. Tesis de Grado. Bogotá: Publicado por la Pontificia Universidad Javeriana, 1991. p. 20.

<sup>86</sup> *Ibíd*em, p. 60.

dentro de los márgenes establecidos.<sup>87</sup>

**j). Los fondos de cesantías y pensiones:** constituye un fondo de cesantías y de pensiones, el conjunto de bienes resultantes de los aportes de los partícipes y patrocinadores del mismo y sus rendimientos, para cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación e invalidez, en el caso de pensiones, o para garantizar un rendimiento sobre las cesantías. Las sociedades que administran estos fondos se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria.<sup>88</sup>

## 5.6 CONDICIONES ESPECIALES

Los destinatarios exclusivos antes citados, son los únicos que tienen condiciones especiales dentro del proceso de enajenación accionaria. Tales privilegios implican que:

a). A los destinatarios especiales se les ofrecerá, en primer lugar y de manera exclusiva, la totalidad de las acciones que pretendan enajenarse.

b). El precio accionario será equivalente al resultante de la valoración prevista en la Ley 226, y tendrá la misma vigencia que la oferta pública, siempre y cuando esta no se interrumpa. En el caso de existir interrupción, el precio se podrá ajustar por parte del Gobierno, siguiendo los parámetros de valoración fijados en la Ley 226.

c). La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular, o una o varias instituciones, haya establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una financiación

---

<sup>87</sup> *Ibidem.* p. 293.

disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto del programa de enajenación, las cuales tendrán un plazo de amortización no inferior a cinco años; la tasa de interés no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente; el período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año; serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito.

d). Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir dichas acciones.

## **5.7 ELABORACIÓN DEL PROGRAMA DE ENAJENACIÓN**

El artículo 7° de la Ley 226 de 1995 dispone que le corresponderá diseñar el programa de enajenación respectivo al ministerio o titular o al departamento administrativo al cual estén vinculadas las sociedades de economía mixta donde en Estado enajenará su participación accionaria, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El programa de enajenación accionaria se realizará con base en estudios técnicos. Dicho programa se enviará a la Defensoría del Pueblo para que ésta tome las medidas que considere necesarias para garantizar la transparencia del mismo.

## **5.8 CONTENIDO DEL PROGRAMA DE ENAJENACIÓN**

El artículo 10° de la Ley 226 de 1995, establece cuáles son los aspectos especiales que deberán incluirse dentro del programa de enajenación.

Entre ellos:

a). Las etapas en que se realizará el procedimiento de enajenación.

- b). Las condiciones especiales que se otorgarán a los adquirientes que favorece la Ley.
- c). La forma y condiciones de pago del precio de las acciones
- d). El precio mínimo de las acciones que en desarrollo del programa de enajenación no sean adquiridas por los destinatarios de condiciones especiales.
- e). Los demás aspectos para que se lleve a cabo debidamente la venta.



## CAPITULO VI

### 6. LEGISLACION APLICABLE A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

#### 6.1 REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA ANTES DE LA REFORMA DE 1968

Las sociedades de economía mixta han sido utilizadas en Colombia aproximadamente desde el año 1936, como un mecanismo para explotar empresas, lograr la satisfacción de las necesidades colectivas y de un modo u otro, intervenir en la economía nacional.

Antes de la Reforma de 1968 las Leyes y Decretos que tocaban el tema, lo hacían de manera aislada; en consecuencia eran muchos los vacíos legislativos existentes. Corroborando lo dicho, en 1966 y a raíz de una consulta elevada por el entonces Ministro de Fomento al Consejo de Estado sobre si la Empresa Colombiana de Turismo S.A. era o no una sociedad de economía mixta, dicho cuerpo consultivo se lamentaba sobre las lagunas existentes en nuestro derecho en relación con este tipo de sociedades en la siguiente forma:

*“(...) Desgraciadamente la legislación colombiana carece de una definición y de un criterio expreso sobre lo que en términos generales es una empresa de economía mixta, sus características y el papel del Estado dentro de ellas. Esporádicamente cuando por circunstancias de diversa índole ha debido buscarse o ratificarse un cierto tipo de colaboración dentro de las actividades públicas dirigidas por el Estado y las privadas, se han dictado estatutos reguladores de esa situación, pero que con todo no sirven de pauta segura para caracterizar dicha empresa, su desempeño dentro de nuestras instituciones jurídicas y finalidades propias”.<sup>89</sup>*

---

<sup>89</sup> ORTEGA TORRES, Jorge. Jurisprudencia del Consejo de Estado. Universitas 33 (1967): 204-215.

Estos vacíos legislativos fueron llenándose poco a poco. A continuación citaremos algunas Leyes y Decretos que hicieron referencia a las sociedades de economía mixta antes de la Reforma de 1968, entre ellas la Ley 126 de 1938, Ley 54 de 1939, el Decreto 1157 de 1940, la Ley 165 de 1948 y la Ley 151 de 1959.

**6.1.1. Ley 126 de 1938<sup>90</sup>.** En sus artículos 8°, 21 y 36 prescribían que *“la Nación cooperará en calidad de accionista con los departamentos y municipios interesados en la instalación o ensanche de grandes centrales hidroeléctricas, cuando éstos reunieran un aporte de ella mayor que el establecido en la presente Ley. La entidad de derecho público que haya adquirido o que posea al menos el 51% del valor de la empresa tendrá necesariamente mayoría de miembros en la dirección del negocio”*.

Se observa la preocupación del legislador por otorgar mas control al Estado cuando éste fuere accionista mayoritario.

**6.1.2. Ley 54 de 1939<sup>91</sup>.** Por virtud de esta Ley, se amplió el área de funcionamiento de este tipo de sociedades, pues hasta ese momento sólo podían actuar en los servicios públicos.

**6.1.3. Decreto 1157 de 1940.** Con este Decreto se creó el Instituto de Fomento Industrial (IFI). Al mismo tiempo se definieron políticas tendentes a propiciar la creación de nuevas sociedades de participación mixta para el desarrollo del país. Se condicionó la participación del Estado, ya que el aporte del mismo no podía superar el 51% del capital social, con la finalidad de permitir que los particulares también formaran parte de éstas entidades.

**6.1.4. Ley 165 de 1948.** Por virtud de esta Ley se autoriza al Gobierno para crear

---

<sup>90</sup> Diario Oficial No. 23915 de 1938.

<sup>91</sup> Ibídem, No. 24244 de 1939.

una empresa nacional de petróleos. Se constituyó como empresa semioficial o como empresa estatal, siempre y cuando se lograra o no la participación económica de inversionistas particulares.

**6.1.5. Ley 151 de 1959<sup>92</sup>.** Esta Ley se refería a las *empresas y establecimientos descentralizados*. En ella se definió por primera vez, lo que debía entenderse por empresa o instituciones en que tenga parte principal el Estado, y fijó el 50% o más de capital de la respectiva empresa en poder del Gobierno, como base para que las compañías, establecimientos bancarios, asociaciones, etcétera, adquirieran esa característica.

La Ley 151 de 1959, junto con el Decreto Ley 1050 de 1955, clasificaban a las sociedades de participación de economía mixta como entidades semioficiales, cualquiera que fuese la forma de constitución, para efectos de someterlas a las normas especiales sobre contratación de empréstitos y control fiscal.<sup>93</sup>

## **6.2 REGULACIÓN NORMATIVA A PARTIR DE LA REFORMA DE 1968**

Las normas que se incorporan a partir de la Reforma de 1968, clarifican las lagunas legislativas existentes sobre el tema, y contienen una determinación de la cual se pueden deducir los elementos característicos de estas sociedades en el derecho colombiano<sup>94</sup>.

Entre ellas encontramos los Decretos Leyes 1050 de 1968 y 3130 del mismo año, finalmente el Decreto Ley 130 de 1976, a los cuales nos referiremos en su momento.

---

<sup>92</sup> *Ibíd*em, No. 30138 de 1959.

<sup>93</sup> TAFUR, Alvaro. *Estudios de Derecho Público*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997. p. 186.

<sup>94</sup> *Ibíd*em, p. 183.

**6.2.1 Paralelo entre los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968, Decreto Ley 130 de 1976 y la Ley 489 de 1998.** La tabla que estudiaremos (tabla 3), contiene una comparación de los aspectos comunes sobre las sociedades de economía mixta contenidos en los Decretos Leyes expedidos a partir de la Reforma de 1968. Todos ellos han sido analizados a la luz de la Ley 489 de 1998, la cual regula en la actualidad el tema.

### **6.2.2 Aspectos relevantes del cuadro comparativo.**

6.2.2.1 Estructura del Estado. El Decreto Ley 1050 de 1968 establecía una simple “vinculación” de las sociedades de economía mixta a la Administración. Observamos que en la actualidad el legislador incluye a estas entidades dentro de la estructura del Estado, integrando la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro del sector descentralizado por servicios<sup>95</sup>.

6.2.2.2 Noción. En la actualidad se conserva la estipulación que viene del Decreto Ley 1050 de 1968, según la cual las sociedades de economía mixta se constituyen bajo la forma de sociedades comerciales para que desarrollen actividades de naturaleza industrial y comercial.

Se sigue teniendo como criterio predominante para clasificar a una sociedad de economía mixta, el hecho de que su capital esté integrado, por un lado, de aportes del Estado, de alguna de sus entidades descentralizadas, o territoriales, y por el otro, de los inversionistas particulares.

6.2.2.3. Porcentaje de participación. En un principio el legislador no estipuló un porcentaje mínimo de participación estatal en las sociedades de economía mixta.

---

<sup>95</sup> En esta misma obra véase el Capítulo IV sobre “las sociedades de economía mixta dentro de al estructura del Estado”.

**Tabla 3. Paralelo entre los decretos 1050 de 1968, 3130 de 1968, 130 de 1976 y la ley 489 de 1998**

Decreto Ley 1050 de 1968	Decreto Ley 3130 de 1968	Decreto Ley 130 de 1976	Ley 489 de 1998
<p><b>Estructura del Estado:</b> las sociedades mixtas no integran la rama ejecutiva. Se encuentran vinculadas a la administración, sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y los estatutos que las rijan. Art. 1° parágrafo.</p>	<p>Las clasifica como entidades descentralizadas del orden nacional. Art. 1° “Los institutos y empresas a los que se refiere el Dto. Extraordinario 1050-68 son de tres tipos: Establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta...”.</p>	<p>En su art. 2° incluye como entidades públicas a las sociedades de economía mixta.“ Para los efectos previstos en el presente decreto son entidades públicas la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las Empresas”.</p>	<p>Las sociedades de economía mixta integran la rama ejecutiva del poder público en el orden Nacional del sector descentralizado por servicios. Art. 38.2, letra f).</p>
<p><b>Definición:</b> art. 8° Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. El grado de tutela y, en general, las condiciones de participación del Estado en esta clase de sociedades se determina en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social”. La definición adolece de un error conceptual, al aludir a la ley que las crea. Tampoco se define el</p>	<p>No las define.</p>	<p>Art. 1° Establece como requisitos para que una sociedad de economía mixta pueda ser calificada como del orden nacional, que en el acto de su constitución o en sus posteriores estatutos figuren entre sus socios la Nación o una entidad descentralizada.  En la ley 489 se dice expresamente que los aportes estatales provienen no solo de la Nación o de una entidad descentralizada, sino también de las entidades territoriales.</p>	<p>El art. 97 las define como “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.  El segundo inciso se refería al monto del aporte para calificar a una sociedad como mixta: “Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales,</p>

<p>monto de los aportes.</p>			<p>de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta no sea inferior al 50% del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado” (Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-953-99).</p> <p>En el inciso tercero se señala que “las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen”.</p>
<p><b>Porcentaje de participación:</b> no lo define</p>	<p>Art. 3°. Cuando el Estado tenga el 90% o más del capital social en la sociedad de economía mixta, se somete al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Disposición que mantienen el párrafo del art. 97 en la ley 489-98.</p>	<p>El art. 2° asevera que el régimen aplicable a las sociedades de economía mixta con aporte nacional inferior al 90% del capital social se somete a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. El art. 3°. Estatuye que serán aplicables las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando el capital social de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuera igual o superior al 90% del capital social.</p> <p>Este decreto establece en el inciso segundo del art. 3° una disposición que la ley 489 no incluyó: “cuando en estas sociedades la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas, en el respectivo</p>	<p>Art. 97 párrafo. “Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.</p>

		contrato de sociedad se señalará quien elige o designa su gerente y se determinará la composición y presidencia de sus juntas directivas”.	
<b>Contenido del acto de constitución o de los estatutos:</b> en la ley que la crea o autoriza y en el contrato de sociedad debe contener el grado de tutela y las condiciones de participación del Estado (art. 8°, inciso 2°).	Art. 4°. Serán clasificados en el acto de constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 y en dicho acto se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones así como la intención de sus creadores.	En los estatutos debe precisarse si la sociedad pertenece al orden nacional, municipal o departamental, el ámbito de servicios y de actividad, y la proporción de participación, así como la intención de los creadores (art. 5°).	La ley 489 es más amplia al exigir que se incluya dentro del acto de constitución (ley más escritura pública) las condiciones de participación del Estado, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal, y su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.
<b>Control de Tutela:</b> como función del Ministro, el art. 11, letra b), está el deber de participar en la dirección, coordinación y control de las sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado adscritas o vinculadas a su despacho.	El art. 8° dispone que la función de tutela gubernamental sobre las entidades descentralizadas corresponde a los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, pero se refiere solamente a las empresas industriales y comerciales del Estado y no incluyó a las sociedades de economía mixta. El art. 14 establece que la representación de las acciones que posea la Nación en una sociedad de economía mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha sociedad. Esta función solo podrá ser delegada en el Viceministro o en el Secretario General.	El art. 5° dispone en el inciso segundo que si se calificare a la sociedad como del orden nacional, deberá señalarse dentro de los estatutos, el sector administrativo al cual pertenece, teniendo en cuenta su objeto social y los mecanismos necesarios para controlar sus actividades y asegurar la coordinación de éstas con la política general del Gobierno.	Art. 99. La representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad. Lo anterior no se aplicará cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero en el mercado bursátil. Cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial o comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos.

<p><b>Particularidades:</b> El art. 29 prohíbe, salvo autorización por Decreto del Gobierno, la constitución de sociedades o compañías entre establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.</p>	<p>Art. 4, inciso 2° dispone que al crearse personas jurídicas por la asociación de entidades descentralizadas con o sin participación de personas privadas, deberá ser clasificadas en el acto de constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050, esto es, si son: entidades públicas, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta así como definir el orden al cual pertenecen.</p>	<p>El art. 4° se refiere a la posibilidad de constituir sociedades entre entidades públicas. El art. 17 repite el art. 101 de la ley 489-98 sobre la transformación de sociedades en empresas. Art. 21: debe existir autorización para constituir una asociación entre entidades públicas. Art. 95. Posibilita la asociación entre entidades públicas cuando la finalidad sea cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o para prestar conjuntamente servicios a su cargo. Dicha asociación se llevará a cabo mediante la celebración de convenios administrativos o conformando personas jurídicas sin ánimo de lucro.</p>	<p>El art. 101 posibilita la transformación de sociedades en empresas “cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa en empresa industrial y comercial del Estado. Los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar sus estatutos internos en la forma a que hubiere lugar”.</p>
--	---	--	---



Posteriormente se estableció en el Decreto Ley 3130 de 1968, que si dicha participación fuere igual o superior al 90%, la sociedad se sometería al régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, lo cual se mantuvo en el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

Por otro lado, a partir de la decisión de la Corte Constitucional en Sentencia C-953 de 1999 con ponencia del Dr. Alfredo Beltrán Sierra, por la cual se declaró la inexecutable del inciso 2° del artículo 97 Ley 489, en la actualidad no se exige un porcentaje mínimo de aportes estatales.

6.2.2.4. Contenido del acto de constitución o de los estatutos. Se conserva la obligación prevista en el Decreto Ley 1050 de 1968, 3130 del mismo año, y Ley 130 de 1976 atinente a incorporar dentro de los estatutos sociales, el orden al cual pertenece la sociedad; esto es, si la sociedad es nacional, departamental o municipal.

La Ley 489 de 1998 precisa la necesidad de estipular en el mismo documento su vinculación a los diferentes organismos para efectos del control que se ejercerá sobre dichas sociedades.

6.2.2.5. Control de Tutela. El control de tutela sigue estando a cargo del ministerio al cual se encuentra vinculada la sociedad.

### **6.3 LOS DECRETOS LEYES 1050 Y 3130 DE 1968 Y 130 DE 1976 FUERON DEROGADOS EN SU TOTALIDAD POR LA LEY 489 DE 1998**

Desde la entrada en vigencia de la Ley 489 de 1998, los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968, y 130 de 1976 fueron derogados de manera expresa por el artículo 121 de la Ley 489. Fue el mismo legislador quien consideró que los Decretos citados resultaban especialmente contradictorios a las disposiciones de la Ley 489.

En este sentir, el artículo 121 de la Ley 489 de 1998 reza que “*La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos Leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976*”.

Nos preguntamos ¿qué pasa con las disposiciones consagradas en estos Decretos que no contradicen directa o indirectamente a la Ley 489 de 1998?. Creemos que el Congreso deberá volver a legislar sobre esos aspectos, siempre que lo considere pertinente, y a iniciativa del Gobierno según se desprende de los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política.

Consideramos conveniente detallar uno a uno los aspectos que regula exclusivamente la Ley 489 y las disposiciones de los Decretos antes citados que no se encuentran en esta Ley.

#### **6.4 DISPOSICIONES SOBRE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA REGULADAS EN LA LEY 489 DE 1998 DE MANERA EXCLUSIVA**

- a. Naturaleza de los aportes estatales (Artículo 100)<sup>96</sup>.
- b. Artículos 103 y subsiguientes, sobre el control administrativo y los convenios de desempeño.

#### **6.5 DISPOSICIONES DE LOS DECRETOS LEYES 1050 DE 1968, 3130 DE 1968 Y 130 DE 1976 NO PREVISTOS EN LA LEY 489 DE 1998.**

**6.5.1 Decreto Ley 1050 de 1968.** El inciso segundo del artículo 28 confiere el

---

<sup>96</sup> En esta misma obra véase Capítulo XII “Capital social en las sociedades de economía mixta, Aportes”.

carácter de “agentes del Presidente de la República” de su libre nombramiento y remoción a las personas que representen al Gobierno en las Juntas Directivas de las sociedades de economía mixta. Adicionalmente, los directores, gerentes o presidentes de las sociedades de economía mixta podrán designarse para períodos fijos no mayores de dos años. Podrán ser reelegidos indefinidamente.

El párrafo del artículo citado establece la obligación de los representantes del Gobierno en las Juntas Directivas de rendir al Presidente de la República informes anuales de carácter general o particular sobre las actividades y situación de la entidad ante la cual actúan.

La Ley 489 de 1998 otorga la calidad de agente del Presidente a los gerentes o presidentes de las empresas industriales y comerciales del Estado (Artículo 91). Dentro de la regulación de las sociedades de economía mixta no existe ninguna disposición al respecto.

**6.5.2 Decreto Ley 3130 de 1968.** En el párrafo del artículo 10°, disponía que “los representantes del Gobierno en los órganos directivos de las sociedades de economía mixta, estarán encargados de velar porque las actividades de éstas se acomoden a la política gubernamental en el sector dentro del cual actúen”.

El artículo 13 del mencionado Decreto Ley, establecía que *“en los estatutos de las sociedades de economía mixta que gocen de ventajas financieras o fiscales, o que tengan a su cargo la prestación de un servicio público, se señalarán los actos que requieran para su validez el voto previo y favorable de los representantes del Gobierno en sus órganos directivos”*. El párrafo excluía de dicha obligación a las entidades extranjeras o internacionales en las que participe la Nación o los organismos descentralizados.

En cuanto al régimen jurídico de los actos y contratos, los artículos 31, 34, 35 y 36

del Decreto se encargaban de regular el tema. El artículo 31 disponía que los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realizaran para el desarrollo de sus actividades estaban sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria. Se calificaban como *actos administrativos*, aquellos que realizaran para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la Ley.

El artículo 36 excluía a los contratos celebrados por las sociedades de economía mixta del régimen previsto para los contratos estatales. Asimismo establecía que las cláusulas que se incorporaran en dichos contratos, serían las usuales para los contratos entre particulares con la posibilidad de pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad. Sobre este tema volveremos en capítulo aparte sobre la aplicación de la Ley 80 de 1993 que regula la “contratación estatal”, a las sociedades de economía mixta.<sup>97</sup>

Sobre la solución de las controversias relativas a los contratos celebrados por las sociedades de economía mixta, el artículo 36 otorgaba competencia a la justicia ordinaria, haciendo una remisión expresa al Decreto 528 de 1964. La Ley 489 de 1998 si bien establece cuál es el régimen de los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado al prescribir en el artículo 93 que “*los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de las entidades estatales*”, resulta igualmente aplicable a las sociedades de economía mixta.

El artículo 41 se refería al *control fiscal*, en los siguientes términos “*la vigilancia de*

---

<sup>97</sup> En esta misma obra véase el Capítulo VI 6.6.3. sobre la “Aplicación de la Ley 80 de 1993 “Régimen de contratación de la Administración Pública” a las sociedades de economía mixta”.

*la gestión fiscal de los organismos descentralizados corresponde a la Contraloría General de la República, en los términos establecidos por la Ley 151 de 1959, y demás normas que la adicionan, sin perjuicio de las funciones de vigilancia señaladas por la Ley a la Superintendencia de Sociedades Anónimas*". En la Constitución de 1991, está definido el control fiscal como *"una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación..."* (Artículo 267 Constitución Política). Igualmente el artículo 43 del Decreto Ley 3130 disponía que *"las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta tienen las prerrogativas y beneficios específicos que les reconocen las Leyes y los generales aplicables a esta clase de organismos"*. Cabe destacar que el artículo 87 de la Ley 489 de 1998 refiriéndose a las empresas industriales y comerciales del Estado, asevera que siendo integrantes de la rama ejecutiva *"gozan de los privilegios y prerrogativas que las Constitución Política y las Leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso"*. El inciso segundo imponía la obligación de no atentar contra los principios de igualdad y libre competencia frente a las empresas privadas. Por otro lado, a las sociedades de economía mixta se les aplica esta obligación por virtud de las normas de libre competencia (Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992 y Ley 256 de 1996).

**6.5.3 Decreto Ley 130 de 1976.** Lamentablemente en la Ley 489 de 1998 brillan por su ausencia algunas disposiciones importantes que estaban contenidas en el Decreto Ley 130 de 1976, consideramos que fue un error obviar estas disposiciones, pues la actual legislación guarda silencio sobre algunos aspectos muy importantes relacionados con las sociedades de economía mixta, que sí estaban regulados en el Decreto 130 de 1976 a saber:

**Artículo 6°** De las corporaciones y fundaciones de participación mixta. Sin perjuicio de los que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las

personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares se someterán a las normas previstas para las corporaciones o fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes.

**Artículo 9°** De la suscripción de acciones. Las acciones ordinarias no suscritas en el acto de constitución y las que emita posteriormente la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento que con tal fin apruebe la Junta Directiva.

**Artículo 10°.** Se refería al derecho de preferencia en la adquisición de acciones por parte de las entidades públicas socias o accionistas.

**Artículo 11°.** Establecía la posibilidad de acudir a un perito cuando las entidades públicas interesadas en la adquisición de acciones de una sociedad de economía mixta no estuvieren de acuerdo en las condiciones de precio y plazo para su adquisición.

**Artículo 14.** Consagraba la figura de la expropiación de las acciones privadas a favor de la Nación, cuando los particulares no se avinieren a la venta ó cuando se abstuviere de formalizar la negociación o dilatare injustificadamente tal cumplimiento. El artículo 15 enumeraba los casos que daban lugar a la expropiación.

## **6.6 NORMAS VIGENTES SOBRE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

Una vez analizada la evolución normativa de las sociedades de economía mixta, resulta pertinente estudiar las normas que regulan a estas entidades en la actualidad: el Código de Comercio, la Ley 489 de 1998, la Ley 142 de 1994<sup>98</sup>, la Ley 80 de 1993, el Decreto 661 de 2002 y la Ley 363 de 1997.

---

<sup>98</sup> En esta misma obra véase el Capítulo VI.

**6.6.1 Código de Comercio.** El Código de comercio en el Título VII de su Libro Segundo, regula las Sociedades de Economía Mixta a partir del artículo 461 al 468, en donde se definen este tipo societario, se reglamentan los asuntos propios de las sociedades comerciales: tratamiento de las acciones, representación en la asamblea, tipos de aportes, entre otros temas.

La regulación del Código de Comercio peca por simplista e incompleta, por ello necesariamente debe acudir a la Ley 489 de 1998.

6.6.1.1. Aspectos de las sociedades de economía mixta regulados por el Código de Comercio

**a) Definición.** En el artículo 461 el legislador las definió como *“sociedades comerciales que se constituyan con aportes estatales y de capital privado. Las Sociedades de Economía Mixta se sujetan a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”*.

**b) Constitución de las sociedades de economía mixta.** El artículo 462 del Código de Comercio establece que dentro del acto de constitución de una sociedad mixta deben señalarse las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación, así como el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad, y su vinculación a los distintos organismos administrativos para determinar la tutela que deben ejercer sobre la misma.

El artículo 98 de la Ley 489 de 1998 repite el contenido del artículo antes citado.

**c) Aportes estatales.** Están enunciados de manera general en el artículo 463 del Código de Comercio, entre ellos los aportes estatales podrán consistir en ventajas financieras o fiscales, garantía de obligaciones de la sociedad o suscripción de los

bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc.

Asimismo el artículo 467 del Código de Comercio determina que los aportes estatales son los que hace la Nación, las entidades territoriales o los organismos descentralizados.

De igual manera prevé que una sociedad mixta también puede hacer aportes a otra sociedad de la misma clase. En este último caso, se entiende que hay aporte de capital público en el mismo porcentaje o proporción en que la sociedad aportante tiene, a su vez, capital público o estatal dentro de su capital social.

**d) Sociedades de economía mixta con el régimen de empresas industriales y comerciales.** El artículo 464 del ordenamiento mercantil reconoce la vieja disposición que viene del artículo 3° del Decreto Ley 3130 de 1968, y que aún se conserva en el artículo 97 de la Ley 489, según la cual una sociedad de economía mixta estará sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más de su capital social.

El Código de Comercio hace una precisión en este evento al determinar que un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de la asamblea de accionistas o junta de socios y el de la junta directiva.

**e) Emisión de acciones.** Cuando la sociedad de economía mixta adopte la forma de sociedad anónima, las acciones que emita serán nominativas, y las series deben ser series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas<sup>99</sup>.

**f) Participación estatal mayoritaria.** En los términos del artículo 466 del Código de Comercio “cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal

---

<sup>99</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 465.



exceda del cincuenta por ciento (50%) del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actuaren en su nombre podrán representar en las asambleas de acciones de otros entes públicos”.

**g) Remisión normativa.** A las sociedades de economía mixta se les aplicarán las demás disposiciones del Código de Comercio, Libro Segundo, siempre y cuando no fueren incompatibles con los artículos 461 al 467 del mismo ordenamiento, ni con las disposiciones legales especiales, entre ellas la Ley 489 de 1998.

**6.6.2 Ley 489 de 1998.** La Ley 489 de 1998 contiene normas que regulan la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y dedica todo el Capítulo XIV a las sociedades de economía mixta.

6.6.2.1 Definición de sociedad de economía mixta. La Ley 489 de 1998 entra a definir propiamente las sociedades de economía mixta en el capítulo XIV, Artículo 97, así:

*“(...) Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por Ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la Ley.*

*Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado (el subrayado es nuestro).*

*Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.*

*Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y entidades descentralizadas, sea igual o superior al 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del*

*Estado”.*

**a) Inexequibilidad del inciso 2° del artículo 97.** La norma en referencia fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-953 de 1999, con ponencia del Dr. Alfredo Tulio Beltrán Sierra. A juicio de la Corte, la disposición citada no se adecúa a la Constitución Política, pues en ella el Constituyente no señaló ningún porcentaje mínimo de participación de los entes estatales en la composición del capital de las sociedades de economía mixta.

**b) Extractos de la Sentencia No. C-953 de 1999<sup>100</sup>.** En la sentencia No. C-953 de 1999<sup>101</sup>, la Corte Constitucional manifestó que:

*“(…) La Carta en su Artículo 150 numeral 7° le atribuye al legislador la facultad de crear o autorizar la constitución de las sociedades de economía mixta sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de las entidades estatales en la composición de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedades de economía mixta, tan solo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental (Artículo 300 numeral 7°) o un acuerdo municipal (Artículo 313 numeral 6°), si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de mixta es justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la excepción económica que, en las actividades mercantiles, se persiguen por los particulares (...).”*

Asimismo la Corte concluye que por el Artículo 150, numeral 7° de la Constitución,

*“(…)No debe desconocerse que una empresa sea de economía mixta, cuando el capital incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición*

---

<sup>100</sup> La sentencia en mención también es comentada en el Capítulo XVI “Utilidades o excedentes financieros”.

<sup>101</sup> Se recomienda remitirse al texto completo de la sentencia citada.

*del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", de no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución" (...).*<sup>102</sup>

**c) Consecuencias de la inexecutable del inciso 2° del artículo 97 de la Ley 489 de 1998.** Con el fallo de la Corte Constitucional, en providencia antes citada, sigue siendo aplicable el artículo 461 del Código de Comercio, según el cual basta que el Estado participe con cualquier porcentaje en la sociedad, para que ésta sea considerada como de economía mixta<sup>103</sup>. De manera que, será suficiente la existencia de aportes tanto de los particulares, como del Estado y de sus entidades, sin importar de cuánto sea el monto del aporte de éstos.

En el sentir de la Corte Constitucional, no se exige que la participación estatal sea mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito y pagado, lo que nos llevaría a concluir que cualquiera que sea la participación estatal, si ésta existe junto a la privada, estaremos en frente de una "Sociedad de Economía Mixta". Claro está, al no pronunciarse la Corte sobre el parágrafo del artículo 97, sigue siendo vigente la disposición que establece que las Sociedades de Economía Mixta estarán reguladas por el régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado cuando la participación estatal fuere igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital suscrito y pagado.

Cuando el Estado posea un porcentaje de participación inferior al mencionado, serán aplicables las disposiciones contenidas en las normas del derecho privado.

---

<sup>102</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 del 1º de diciembre de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Tulio Beltrán Sierra.

<sup>103</sup> REYES, Op. Cit. p. 35.

No obstante, la remisión expresa a estas normas, no resulta incompatible con la aplicación de algunas disposiciones del derecho público que atienden a la preservación del interés general derivado de los aportes estatales,<sup>104</sup> de ahí que las normas legales aplicables exijan requisitos peculiares para su creación.

**d) Conclusiones y críticas derivadas de la Sentencia C-953 de 1999.** Dada la importancia del pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia referida, debemos precisar los alcances de ésta decisión:

a. Para constituir una sociedad de economía mixta se requiere de dos elementos, el primero la autorización del Congreso<sup>105</sup> mediante una Ley, si se trata de una sociedad del orden nacional; de la Asamblea<sup>106</sup> a través de una Ordenanza, si es una entidad departamental; y del Concejo<sup>107</sup> por medio de un Acuerdo, si la sociedad es del orden municipal y/o distrital. Al mismo tiempo, se exige la celebración del contrato de sociedad entre el Estado y/o sus entidades, y los particulares, ya que en palabras de la Corte *“lo que le da esa categoría de mixta es que su capital social se conforme por aportes del Estado y de los particulares”*<sup>108</sup>.

b. El aporte del Estado y de sus entidades puede ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital social. No obstante, *“el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales puede establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente pues existe libertad de configuración legislativa”*<sup>109</sup>.

c. El gran vacío de esta providencia es que hasta el momento no existe una regulación que diferencie a las sociedades de economía mixta con participación

---

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 150 Numeral 7°

<sup>106</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 300 Numeral 7°

<sup>107</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 313 Numeral 6°

<sup>108</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-953 del 1° de diciembre de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Tulio Beltrán Sierra.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, de aquellas en donde el capital público fuere inferior a dicho porcentaje. La Corte, no previó el alcance que podría derivarse de los argumentos esbozados en la Sentencia que venimos estudiando. A manera de ejemplo, guardó silencio sobre las demás disposiciones que defirieron determinados efectos jurídicos a las sociedades de economía mixta, dependiendo del porcentaje de participación del Estado, a saber: la aplicación del Estatuto de la Contratación Administrativa, el régimen laboral de los trabajadores, entre otros. Todo ello ha llevado a que en la actualidad tengamos un sinnúmero de Leyes, que de un modo u otro, podrían tener contradicciones entre sí.

**e) Tesis de la Superintendencia de Sociedades en 1999.** Antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional,<sup>110</sup> la Superintendencia de Sociedades sostuvo en el oficio No. 220-37078 del 3 de mayo de 1999, que las sociedades cuya participación estatal fuere inferior al cincuenta por ciento (50%), eran consideradas de economía mixta.

Apartes del oficio expresan que:

*“(...) Una de las modificaciones introducidas por la nueva normatividad que regula las entidades descentralizadas (Ley 489 de 1998), es que no se consideran de economía mixta las sociedades, cualquiera que sea el tipo societario adoptado, cuando la participación estatal sea inferior al 50% del capital social, de lo que se infiere que dichas sociedades se registrarán por las reglas del derecho privado. Situación diferente es el régimen aplicable a las sociedades de economía mixta, que si bien son entidades comerciales, la participación estatal determina el régimen al cual se encuentran sometidas. De lo anterior, se puede afirmar que la sociedad a la que alude, en cuyo capital el Estado posee el 49%, se encuentra sujeta a las disposiciones generales y especiales de las sociedades anónimas previstas en la legislación mercantil y a las estipulaciones del contrato social”(...).*

Parece lógico pensar, que a raíz de la declaratoria de inexecutable del inciso 2° del artículo 97 de la Ley 489, el oficio en cuestión pierde sustento, y por lo anterior

---

<sup>110</sup> *Ibidem.*

habrá de estarse a lo establecido en la Sentencia C-953 de 1999, la cual remitió su comprensión a aquellas compañías en las cuales el capital sea constituido en parte por aportes de propiedad de un ente estatal, y en parte por aportes o acciones de los particulares, tal como lo establece el artículo 461 del ordenamiento mercantil.

**f) Algunos aspectos que regula la Ley 489 de 1998 en relación con las sociedades de economía mixta.**

- **Sociedades de economía mixta con el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.** El párrafo del artículo 97 citado en líneas anteriores, determina que el régimen de las actividades y de los servidores de la sociedad de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades territoriales o descentralizadas sea igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Esta precisión aparece en nuestra legislación a partir el Decreto Ley 3130 de 1968.

De manera que, si el aporte del Estado o sus entidades en una sociedad de economía mixta fuere igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social, ésta sociedad no se regula por las normas generales previstas para las sociedades de economía mixta, sino que se cobijan por las normas relativas a las empresas industriales y comerciales del Estado contenidas en los artículos 85 al 94 de la Ley 489 de 1998.

- **Condiciones de participación de las entidades públicas.** Al igual que lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo 462, la Ley 489 de 1998 también establece que el acto de constitución de la sociedad de economía mixta se limitará a lo que ordene la Ley que autoriza la creación de esta entidad. Asimismo, deberá contener el carácter nacional, departamental, distrital o municipal

de la sociedad, y su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.

**- Representación de las acciones de la Nación y de las Entidades Públicas.**

En los términos del artículo 99 de la Ley 489 de 1998, la representación de las acciones que posea la Nación o las Entidades Públicas en una sociedad de economía mixta le corresponde al Ministro o al Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentre vinculada la sociedad.

Debemos anotar que en el mencionado artículo 99, el legislador incurrió en una imprecisión al utilizar únicamente la expresión *acciones*.

Entendemos que una sociedad de economía mixta puede adoptar cualquiera de los tipos sociales previstos en el Código de Comercio<sup>111</sup>. De esta manera la sociedad de economía mixta podrá constituirse bajo la forma de sociedad anónima, en comandita<sup>112</sup> simple o por acciones, de responsabilidad limitada o colectiva.

Dependiendo del tipo social adoptado, el capital social se fraccionará en alicuotas. *“Así pues, en las colectivas se fracciona en partes de interés, las cuales pueden ser de valor desigual y se ceden o transfieren por escritura pública, conforme a la Ley ya los estatutos”*<sup>113</sup>. *“En las de responsabilidad limitada y en comandita simple el capital se divide en cuotas de valor igual, cuya transferencia se realiza por escritura pública, previo cumplimiento de las formalidades prescritas en las cláusulas estatutarias o en la Ley”*<sup>114</sup>. *“Y en las sociedades en comandita por acciones y anónimas el capital aparece representado en títulos valores de*

---

<sup>111</sup> En esta misma obra véase Capítulo XI “Tipo Social”.

<sup>112</sup> Las ventajas y desventajas de cada uno de estos tipos sociales, son explicadas abiertamente en el Capítulo XI “Tipo Social”.

<sup>113</sup> NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano. Bogotá, D.C.: Legis, 1998. p. 57.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

*participación denominados acciones, las cuales son de igual valor nominal*<sup>115</sup>.

Entonces, debería entenderse el artículo 99 de la siguiente manera “la representación de las acciones, cuotas o partes de interés que posean las entidades públicas o la Nación en una sociedad de economía mixta corresponde al Ministro a al Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha sociedad”.

Por otro lado, con carácter explícito, el inciso 2° del artículo 99 de la Ley 489, precisa que, “*cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero o bursátil del Estado o de alguna de sus entidades*”, no se aplicará la regla sobre representación de acciones que arriba estudiamos. Y con toda razón, porque no tiene sentido sostener que si en un Establecimiento Bancario, como el Citibank, por ejemplo, una entidad del Estado abre un CDT (Certificado de Depósito a Término fijo) por una gran cantidad de dinero, ese Banco sea considerado como una sociedad de economía mixta. Recordemos que son necesarios dos actos para la constitución de una sociedad de economía mixta: la *autorización* de ley, ordenanza o acuerdo; junto con la *celebración del contrato de sociedad*.

Adicionalmente, en caso de que el accionista de una sociedad mixta sea un Establecimiento Público o una Empresa Industrial o Comercial del Estado, la representación de las acciones corresponderá al representante legal, con la posibilidad de delegarla en los funcionarios que indiquen los estatutos.

- **Naturaleza de los aportes estatales**<sup>116</sup>. La Ley 489, nada innova con relación a los tipos de aportes estatales. En la mencionada disposición legal se conserva la posibilidad de aportar ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de bonos que la misma emita, títulos mineros y

---

<sup>115</sup> *Ibídem.*

<sup>116</sup> En esta misma obra véase el Capítulo XVII “Capitalización de las sociedades de economía mixta”.



aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado. Pero también podrán admitirse otro tipo de aportes<sup>117</sup>.

En materia de aportes<sup>118</sup>, deberá atenderse a las reglas específicas contenidas en el Código de Comercio.

- **Transformación de las sociedades en empresas.** En los términos del artículo 101 de la Ley 489, “cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial o comercial o en sociedad entre entidades públicas. Los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos internos en la forma a que hubiere lugar”.

- **Inhabilidades e Incompatibilidades**<sup>119</sup>. La Ley 489 únicamente se refiere al tema de las inhabilidades e incompatibilidades en las sociedades de economía mixta que tengan el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.

En este sentido, el artículo 102 de la Ley, dispone que los representantes legales y los miembros de las juntas directivas de estas entidades, deberán observar plenamente el Decreto 128 de 1976 y todas las normas que lo modifiquen o adicionen.

**6.6.3 Aplicación de la Ley 80 de 1993 “Régimen de Contratación de la Administración Pública”, a las Sociedades de Economía Mixta.** El régimen jurídico que regula la contratación administrativa se aplica a las entidades estatales que la Ley 80 clasifica de manera taxativa. Así, en el numeral 1ª literal a) del artículo 2º, se incluyen a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado

---

<sup>117</sup> En esta misma obra véase capítulo 12 “Capital social de las sociedades de economía mixta”.

<sup>118</sup> En esta misma obra véase el Capítulo “Capital Social”, en donde se hace un estudio detallado del tema.

<sup>119</sup> En esta misma obra véase el capítulo 14 “Organos Sociales”.

tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%). Entonces, si el aporte del Estado en la sociedad mixta es mayor al cincuenta por ciento del capital social se aplicará el Estatuto de la Contratación Administrativa. Si por el contrario, la participación del Estado es menor al cincuenta por ciento se aplican a los contratos las normas del derecho privado.

De manera que, las disposiciones del Estatuto de la Contratación Administrativa sólo se aplicarán a las Sociedades de Economía Mixta donde la participación del Estado fuere superior a dicho porcentaje. La Ley 80 de 1993 modificó el estatuto de contratación anterior en el cual se aplicaban las normas de la contratación oficial a las empresas de economía mixta, sólo cuando la participación del Estado era mayor al noventa por ciento (90%).

Al expedirse la Ley 80 de 1993, se encontraban vigentes las disposiciones del Decreto Ley 1050 de 1968 y las normas del Código de Comercio relacionadas con las Sociedades Mixtas.

El artículo 8º del mencionado Decreto Ley no establecía ningún porcentaje para calificar de “mixta” a una sociedad que tuviera aportes de carácter estatal y privados al mismo tiempo.

Lo que buscó el legislador al expedir el nuevo estatuto de Contratación Administrativa, era que se consideraran como Entidades Estatales a aquellas Sociedades de Economía Mixta donde la participación estatal fuera notoria, esto es, donde su participación fuera superior al cincuenta por ciento (50%)<sup>120</sup>.

6.6.3.1. Selección del Contratista. En un contrato estatal el contratista, es decir, la parte que se obliga en los términos del contrato, es seleccionado, por regla

---

<sup>120</sup> Entendiendo que dicha participación se refiere al capital suscrito y pagado.

general, a través de “licitación o concurso público”, y de manera excepcional por medio de “contratación directa” solamente en los eventos previstos en la Ley.

Entendemos por *licitación pública*, el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria, para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará *concurso* y se efectuará también mediante invitación pública<sup>121</sup>.

La Ley 80 restringe la licitación o concurso público, pero no para todos los contratos, sino para aquellos que desarrollen de manera directa su objeto.<sup>122</sup>

6.6.3.2. Las sociedades de economía mixta y la contratación directa. De manera excepcional, ordena el Estatuto, se escogerá directamente al contratista prescindiendo de licitación pública o concurso en los casos expresamente señalados por el numeral 1º del artículo 24 letras a) hasta la m).

Según estas disposiciones, son objeto de contratación directa los contratos de menor cuantía; los de empréstitos; los contratos interadministrativos con excepción del contrato de seguro; contratos para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinada persona natural o jurídica, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas; los contratos de arrendamiento o adquisición de inmuebles; los contratos considerados de urgencia manifiesta; cuando no se presente propuesta alguna o ninguna se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia, o en general cuando falte voluntad de participación; los contratos sobre bienes y servicios que se requieran para la

---

<sup>121</sup> Ley 80 de 1993, Parágrafo, artículo 30.

<sup>122</sup> DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá D.C.: Legis, 2000. p. 338.

defensa y seguridad nacional; cuando no exista pluralidad de oferentes; los contratos sobre productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud, y la letra m) del artículo citado, dispone que cabe dentro de la órbita de la contratación directa *“los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta Ley”*.

Se entienden como actos y contratos que desarrollan el objeto de una sociedad<sup>123</sup>:

- a. Los determinados en las actividades principales previstas en el objeto social<sup>124</sup>
- b. Los que se relacionan directamente con las actividades principales
- c. Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales o convencionales derivadas de la existencia y actividad de la sociedad

Así pues, los contratos que tengan por objeto una actividad industrial o comercial, ó que de manera directa desarrollen el objeto de una sociedad de economía mixta, caen bajo la órbita de la contratación directa, siempre y cuando no sean relativos a obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, fiducia pública y encargo fiduciario. Esto por cuanto la parte final del literal m, del numeral 1º del artículo 24 ibídem, estableció una excepción a la excepción, lo que significa que estos contratos así caigan claramente dentro de las actividades u objeto de las entidades estatales que nos referimos, no podrán celebrarse de manera directa sino que requerirán de licitación o concurso público, salvo que concurra otra causal<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Ibídem.

<sup>124</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, Artículo 99

<sup>125</sup> Ibídem, p. 340.

6.6.3.3. Competencia para dirigir Licitaciones o Concursos y para celebrar Contratos Estatales. Por mandato del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos, y para escoger al contratista está radicada en el jefe o representante legal de la entidad, según el caso.

Disponía el artículo 12, subrogado por el artículo 37 del Decreto 2150 de 1995, que la competencia para celebrar contratos, realizar licitaciones o concursos, es delegable siempre y cuando recaiga en los servidores públicos que desempeñan cargos del nivel directivo y sus equivalentes.

**6.6.4 Decreto 661 de abril 10 de 2002 “Régimen salarial de los empleados públicos pertenecientes a las sociedades de economía mixta con el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado”.** El Decreto 661 de 2002 contiene las últimas disposiciones (a la fecha en que se realizó la investigación) que regulan la remuneración de los empleados públicos pertenecientes a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta directas e indirectas del orden nacional sometidas al régimen de dichas empresas y se dictan otras disposiciones en materia salarial. A continuación citamos los artículos más relevantes:

*ARTÍCULO 1º- A partir del 1º de enero de 2002, la remuneración mensual que por concepto de asignación básica y gastos de representación venían percibiendo a 31 de diciembre de 2001 los empleados públicos pertenecientes a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, directas e indirectas, del orden nacional sometidas al régimen de dichas empresas, será incrementada de conformidad con los porcentajes de las siguientes tablas, de acuerdo con el rango salarial más cercano que corresponda a dicha asignación básica mensual.*

*Cuando la asignación básica mensual señalada a 31 de diciembre de 2001 corresponda exactamente al promedio de los rangos, el ajuste se hará teniendo en cuenta el porcentaje de incremento salarial asignado al rango superior.*

*ARTÍCULO 2º- La remuneración mensual de los revisores fiscales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de dichas empresas, de que trata el artículo 20 de la Ley 45 de 1990, en ningún caso podrá ser superior al ochenta por ciento (80%) de la que corresponda al representante legal de la entidad.*

*ARTÍCULO 3º- En ningún caso las juntas directivas o consejos directivos podrán incrementar la remuneración de los empleados públicos de las entidades a que se refiere este Decreto. En caso de hacerlo, los miembros de la junta o consejo directivo responderán personal y pecuniariamente por los costos en que se incurra. Asimismo, se dará conocimiento a la procuraduría delegada para la economía y la hacienda pública, para lo de su competencia. (...)*

*ARTÍCULO 10.- Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4a de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

*Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las asignaciones de que trata el artículo 19 de la Ley 4a de 1992.*

*No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo en varias entidades.*

*ARTÍCULO 11.- El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos 1770, 1865, 2021 y 2715 de 2001 y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2002. (...).*

**6.6.5 Ley 363 de 1997.** La Ley 363 de 1997 reformó la Ley 132 de 1994, antiguo estatuto orgánico de los *fondos ganaderos*. Dichos fondos se definen como sociedades de economía mixta constituidas o que llegaren a constituirse con aportes de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de cualquier orden y de capital privado.

El objeto de los fondos lo determina el artículo 2º de la Ley *ibídem*, según el cual a

través de estos entes se busca el fomento, mejoramiento y sostenibilidad del sector agropecuario.

Los fondos ganaderos podrán ser sociedades anónimas de economía privada siempre y cuando se ajusten a las políticas establecidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en materia de fomento ganadero.

En esta Ley también se establecen los criterios de conformación de la Junta Directiva, así como las inhabilidades e incompatibilidades de los mismos, los órganos de representación y dirección. Adicionalmente encontramos disposiciones especiales relacionadas con la distribución de utilidades, adquisición preferencial de acciones, obligatoriedad de la revisoría fiscal, entre otras.

## CAPITULO VII

### 7. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA

#### 7.1 APLICACIÓN DE LA LEY 142 DE 1994 “RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS” A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA”.

El régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios está previsto en nuestra legislación, como un conjunto de normas de aplicación especial, es decir, su ámbito de aplicación se restringe a las actividades enumeradas en el artículo 1° de la Ley 142 de 1994, a saber:

*“Esta ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias (...) y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley”.*

Como se desprende de la norma transcrita, el legislador no definió qué se entiende por *servicios públicos*, solamente dice cuáles son los servicios públicos a los que se les aplica la Ley 142 de 1994.

#### 7.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ACCIONARIA MIXTA DEDICADAS A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

En materia de servicios públicos ha existido una gran controversia relacionada con la naturaleza de las empresas de servicios públicos *mixtas*, esta discusión aún no ha sido resuelta. Por ello consideramos necesario dejar sentadas las dos posiciones que existen en la actualidad: la primera tesis sostiene que las empresas



prestadoras de servicios públicos domiciliarios en donde concurren capitales privados y públicos, iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%), son **sociedades de economía mixta**. La otra posición asevera que estas entidades gozan de una naturaleza especial creada por la Ley 142 y se denominan **empresas de servicios públicos mixta**.

**7.2.1 Primera Tesis: “Son sociedades de Economía Mixta”.** Esta posición, es compartida por algunos de nuestros compañeros, entre ellos los doctores César Fabian Romero Roa y Douglas Vergara, quienes con buen criterio sostienen que las empresas de servicios públicos mixtas no son otras que aquellas contempladas en la Ley 489 de 1998, vinculadas a un determinado Ministerio o Departamento Administrativo, y por ende, hacen parte de la Administración, requieren dos actos jurídicos para su creación: una autorización legal y la celebración del contrato de sociedad; esta opinión es sustentada con base a los siguientes argumentos jurídicos:

*“El numeral 14.6 del artículo 14 la Ley 142 de 1994 define a la empresa de servicios públicos mixta como “aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”.*

*Es pertinente recordar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-953 de 1999, autorizó a que las Sociedades de Economía Mixta fuesen constituidas con un aporte de capital de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas, inferior al 50 por ciento, puesto que, de no permitirse ese menor valor del aporte Estatal, no se estaría frente a una Sociedad de Economía Mixta, sino frente a una de naturaleza diferente y no contemplada por la Constitución.*

*Sustentamos lo anterior en las siguientes consideraciones:*

*El Consejo de Estado, al resolver una consulta interpuesta por el Señor Ministro de Minas y Energía con el objeto de aclarar algunas situaciones laborales entre la empresa de Interconexión Eléctrica S.A.-ISA- y sus trabajadores con motivo de la escisión de la entidad, señaló lo siguiente:*

*“Quienes están vinculados a las empresas de servicios públicos, privadas o mixtas, y tienen el carácter de trabajadores particulares, sujetos al régimen del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley. Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no desean que su capital esté representado por acciones, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a éstas últimas, según el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, en donde tiene el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar "qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos" (el resaltado es nuestro)<sup>126</sup>.*

*Como podemos apreciar, el Consejo de Estado en dicha oportunidad considera que las empresas de servicios públicos mixtas no son nada diferente a Sociedades de Economía Mixta.*

*En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:*

*“Es oportuno destacar que las empresas industriales y comerciales del Estado forman parte de las denominadas entidades descentralizadas, de conformidad con los criterios adoptados en la reforma administrativa realizada en 1968. Dentro de sus características se encuentran que se trata de personas jurídicas, con autonomía patrimonial y administrativa, a la luz del Decreto 1050 de ese mismo año. Estas, al igual que las sociedades de economía mixta, tienen por finalidad el cumplimiento de actividades industriales o comerciales, dentro de las cuales hoy en día se cuenta la prestación de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, ya que en su concepción las empresas de servicios públicos pueden tener ánimo de lucro.*

*“En ese sentido, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 permite que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios adopten la forma de sociedad por acciones -privada o mixta- o el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, a fin de que puedan desarrollar su actividad como empresarios, consagrando de esta manera para su regulación un régimen jurídico especial. Así mismo, el artículo 19 numeral 15 de esa Ley señala que "en lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas", integrando en lo no previsto por aquella ley de manera expresa, a las*

---

<sup>126</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación N° 699. Consulta sobre la Sustitución patronal originada en la escisión de ISA. Junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*disposiciones del Código de Comercio” (el resaltado es nuestro)<sup>127</sup>.*

*Debemos recordar que el Decreto 1050 de 1968 fue derogado en su totalidad por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998. Dicha Ley, en su artículo 38, señala que las Sociedades de Economía Mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, es decir, son parte de la administración pública.*

*El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala que las Sociedades de Economía Mixta son “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.*

*Entonces, lo anterior nos lleva a concluir que (...) es una Sociedad de Economía Mixta del orden Nacional y, en consecuencia, debe dar cumplimiento al Derecho de Petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política“(...).*

Adicionalmente, este criterio se encuentra sustentado en otros argumentos, tales como:

- a. La Corte Constitucional, en sentencia C-953 de diciembre 1 de 1999 señaló lo siguiente:

*“(...) la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares<sup>128</sup>.*

- b. Complementando lo anterior, algunos de los más autorizados doctrinantes, tanto de derecho administrativo como de derecho comercial, en nuestro país,

---

<sup>127</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-253 de junio seis de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara

<sup>128</sup> *Ibidem*. Sentencia C-953 de diciembre 1 de 1999. p. 42.

sostienen que la condición más relevante para determinar si nos encontramos frente a una Sociedad de Economía Mixta es la composición de su capital social, el cual debe tener tanto participación pública como participación privada<sup>129</sup>.

Como podemos observar, los capitales sociales de ISA<sup>130</sup> como de ISAGEN<sup>131</sup> están conformados tanto por aportes Estatales como por aportes de los particulares, según documentos publicados en su página de Internet y que nos permitimos anexar, por lo que cumple cabalmente con esta condición.

En cuanto a CORELCA, su accionista mayoritario es la Nación, que participa con un 99.99% de su capital social, y su accionista minoritario es el Fondo Mutuo “Mutuofen” de la Financiera Energética Nacional. Aunque es una Sociedad de Economía Mixta, de la cual se puede predicar lo dispuesto por el artículo 464, es decir, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado (principalmente en el caso de la Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y Junta Directiva), debido a la intervención de la FEN en su capital

---

<sup>129</sup> Si el lector desea ahondar en este tema, puede remitirse al descriptor ya señalado.

<sup>130</sup> La composición accionaria de ISA es la siguiente:

• Nación	58.98%
• “ISA acciones para todos” (nuevos accionistas particulares)	24.34%
• Empresas públicas de Medellín	10.62%
• Empresa de Energía del Pacífico	3.87%
• Empresa de Energía de Bogotá	2.03%
• Central Hidroeléctrica de Caldas	0.15%
• Fondo de Empleados FEISA	0.00%

Fuente: [www.isa.com.co](http://www.isa.com.co)

<sup>131</sup> La composición accionaria de ISAGEN es la siguiente:

• Nación	76.9%
• Empresas Públicas de Medellín	12.9%
• Empresa de Energía del Pacífico	05.0%
• Empresa de Energía de Bogotá	02,5%
• Financiera Energética Nacional	02.4%
• Central Hidroeléctrica de Caldas	00.2%
• Fondo de Empleados FEISA	00.0015%

Fuente: [www.isagen.com.co/r\\_institucional.jsp](http://www.isagen.com.co/r_institucional.jsp).

social, parecería ilógico que tuviese esa composición de capital social, pero ante la flexibilidad de las normas de la Ley 142 de 1994 (específicamente su artículo 17) daría la posibilidad de capitalizar o conseguir nuevos socios para CORELCA sin necesidad de transformar la Empresa en uno de los 3 tipos de Empresas que permite dicha Ley. De todas formas, CORELCA cumple también con la condición que la Ley, la jurisprudencia y la doctrina han señalado para poder determinar si una Sociedad es o no de Economía Mixta.

- c. El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala que las Sociedades de Economía Mixta son *“organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”*. Como podemos apreciar, el que una Empresa Prestadora de Servicios Públicos Mixta tenga al derecho privado como régimen por el que se deben ceñir todos sus actos y contratos no es ninguna excepción a las reglas generales de las Sociedades de Economía Mixta, al contrario, cuando el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispone que los actos y contratos de las Empresas de Servicios Públicos, sin importar si son Sociedades por Acciones o Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se rigen por las normas del derecho privado, lo que hace es un reconocimiento, en el caso de las Sociedades de Economía Mixta, de lo dispuesto por el artículo 461 del Código de Comercio .
- d. El Dr. José Gabino Pinzón señala, al definir a las Sociedades de Economía Mixta, que pueden tener como objeto *“explotar empresas que satisfacen necesidades de orden colectivo”*<sup>132</sup>.

Pues bien, la Constitución de 1991 en su artículo 365 señala lo siguiente:

*“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del*

---

<sup>132</sup> NARVAEZ, Op. Cit. p.483.

*territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.*

Como podemos observar, la propia Constitución Política previó la posibilidad de que los servicios públicos fuesen prestados por particulares, por el mismo Estado o por entidades mixtas.

En este orden de ideas, y como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 367 de la Carta Magna, se expidió la Ley 142 de 1994, “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”. Esta Ley, en su artículo 14 dispone lo siguiente:

*Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

*(...)*

*14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*

*14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%<sup>133</sup>.*

*14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares (...).*

---

<sup>133</sup> Recordemos que, como se planteó en el punto 2.6.2.1.2 del Capítulo II y en el punto 11.2.2 del Capítulo XI de esta obra, mediante sentencia C-953 de diciembre 1 de 1999 la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2 del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, el cual contenía una limitación igual a los aportes de la Nación en las Sociedades de Economía Mixta.

Asimismo, su artículo 15 señala:

*Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:*

*15.1. Las empresas de servicios públicos.*

*15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.*

*15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

*15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.*

*15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.*

*15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del Artículo 17.*

Entonces, luego de que la Empresa Prestadora de Servicios Públicos decide la naturaleza jurídica que va a revestirla (privada, pública o mixta), sí se aplica el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, es decir, las públicas serán siempre Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y las privadas y mixtas serán siempre Sociedades por Acciones, lo que no va en contravía de las disposiciones generales de la Ley 489 de 1998 y, en especial, del Código de Comercio, sobre las Sociedades de Economía Mixta constituidas como Sociedades por Acciones.

Por su parte, el artículo 19 dispone:

*Artículo 19. Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*(...)*

*19.17. En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá*

*la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.*

Como corolario de lo anterior, podemos observar que la condición, que tanto la Corte Constitucional como la doctrina en Colombia han aplicado para saber cuando nos encontramos frente a una Sociedad de Economía Mixta, ha sido recogido expresamente por la Ley 142 de 1994, y por esto es que podemos aseverar con absoluta seguridad que cuando dicha Ley se refiere a Empresas de Servicios Públicos Mixtas no hace nada distinto a regular a las Sociedades de Economía Mixta que se dediquen a la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Es tan claro lo anterior que el Legislador, en el año de 1998, al expedir la Ley 489 dispuso, en su artículo 85 que a las Sociedades de Economía Mixta se les aplicarán en lo pertinente los numerales 2º, 4, 5, 6, 12, 13, 17 del artículo 19; numerales 2, 3, 4, 5, 7 del artículo 27 y artículo 183 de la Ley 142 de 1994<sup>134</sup>, disposiciones que permiten la duración indefinida de dichas Sociedades, aumentos de capital, capital autorizado al momento de constituir, disolución de las Sociedades de Economía Mixta, aportes estatales a las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, entre otros.

Solamente encontramos, en principio, una diferencia entre las Sociedades de Economía Mixta y las Empresas prestadoras de Servicios Públicos mixtas, y es el tema de la autorización legal para su creación. Sin embargo, como la Ley 142 de 1994 guarda silencio al respecto, consideramos que, como toda Sociedad de Economía Mixta, sí requiere de autorización legal para su creación, lo que, en nuestro concepto, incluiría también la transformación, es decir, cuando una

---

<sup>134</sup> En esta misma obra véase numeral 2.6.3.



empresa prestadora de Servicios Públicos privada se convierte en mixta, salvo si lo hace en uso de lo dispuesto por el artículo 180 y 182 de la Ley 142 de 1994, este último que fue modificado por el artículo 3 de la Ley 286 de 1996.

El artículo 186 de la Ley 142 de 1994 consagra claramente que esta Ley prevalece sobre el resto en el tema de los servicios públicos, así que puede ser considerada como Ley Especial cuando haya dos o más normas que regulen el mismo tema frente a las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, aunque, como ya lo podrá inferir el lector, este será un caso muy poco probable en nuestra actual legislación.

**7.2.2 Segunda Tesis: “Son Empresas de Servicios Públicos Mixta”.** Ahora bien, la segunda tesis sostiene que estas empresas gozan de una naturaleza especial que la Ley 142 de 1994 denominó “**empresas de servicios públicos mixta**”, sujetas a este régimen legal y a las norma del derecho privado. Tales organismos no requieren de una autorización legal para su creación, pues se entiende que la misma Ley 142 ya la otorgó. Además, no se encuentran vinculadas a la Administración.

La Ley 142 de 1994, es una norma que buscó regular íntegramente el tema de los *servicios públicos domiciliarios* en Colombia. Su especialidad no solo se traduce en la materia, sino también en que el mismo legislador se encargó de definir algunos conceptos para la aplicación e interpretación de la Ley, tales como las diversas modalidades de empresas que se pueden constituir para prestar el servicio, a saber: *empresas de servicios públicos oficiales, empresas de servicios públicos mixta y empresas de servicios públicos privada*. Es así como el artículo 14 de la Ley mencionada, define cada uno de estos conceptos:

*“Art. 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)*

**14.6. Empresa de servicios públicos mixta.** *Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de*

*aquellas o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.  
(...)”.*

Para quienes acogen este criterio la Ley 142 de 1994 creó una nueva categoría de empresas con un régimen jurídico especial, el cual tiene por objeto desarrollar los preceptos constitucionales de la libre iniciativa privada, la libre empresa, la libre competencia y la libre prestación de los servicios públicos por parte de los particulares y el estado contenidos en los artículos 333 y 365 de la Carta.

Esta posición es igualmente sostenida por el Consejo de Estado<sup>135</sup> quien manifestó en Sentencia No. 1141 de 1998 lo siguiente:

*“(...) Las empresas de servicios públicos mixtas constituyen una **nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales** que tienen origen en la reforma constitucional de 1968. Las primeras son autorizadas por el legislador con fundamento en la competencia que la Constitución le otorga para establecer el régimen jurídico al que están sometidos los servicios públicos.*

*El hecho de que el legislador, en ejercicio de su capacidad normativa para establecer el régimen de los servicios públicos, haya determinado que los aportes efectuados a las empresas de servicios públicos, por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, se rigen por el derecho privado, no les hace perder a esos aportes o participaciones su naturaleza pública, y en cuanto tales la procedencia del ejercicio de la función pública de control fiscal sobre ellos (...).”*

De lo anterior se desprende que las empresas de servicios públicos oficiales y las mixtas, para quienes acogen este criterio, no son iguales ni equiparables a las sociedades de economía mixta, las cuales tienen un régimen legal especial dispuesto en la Ley 489 de 1998.

Curiosamente, cuando interrogamos al Ministerio de Minas y Energía<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> CONSEJO DE ESTADO. Ref.: Empresas de servicios públicos domiciliarios. Control fiscal sobre sus actos y contratos. Santafé de Bogotá, D.C., diez de septiembre de mil novecientos noventa y ocho. Rad.: N° 1141.

<sup>136</sup> MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Oficio Número 3584 del 28 de agosto de 2001.

solicitándole que nos informaran los nombres de las distintas sociedades de economía mixta vinculadas a su despacho, nos contestaron que Isa, Isagen, Corelca, tenían esta naturaleza. Sin embargo, al enviarles un cuestionario a las mencionas empresas en ejercicio del derecho de petición, para que nos absolvieran una serie de inquietudes nos contestaron que no son sociedades de economía mixta, respuestas que nos permiten percibir que el tema de la naturaleza jurídica de estas entidades no es claro ni aún dentro de los Ministerios<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Posteriormente enviamos un nuevo derecho de petición al Ministerio de Minas y Energía (Radicado con el No. 4314 del 4 de marzo de 2003) solicitándole que nos aclare por qué las empresas que oficio antes citado nos refirieron como de economía mixta, nos contestan en Oficio No. 5544 del 22 de mayo de 2003, que no tienen dicha naturaleza. Sorpresivamente el Ministerio varió su inicial posición y en nuevo oficio nos contesta que para su Despacho las citadas empresas no son sociedades de economía mixta sino empresas de servicios públicos Mixta. En palabras del Ministerio "Ley 142 de 1994, creó una nueva categoría de empresa con un régimen jurídico especial, el cual tiene por objeto desarrollar los preceptos constitucionales de la libre iniciativa privada, la libre empresa, la libre competencia y la prestación de los servicios públicos por parte de los particulares y el Estado contenidos en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política. La Ley 142 de 1994 es clara al determinar que las empresas de servicios públicos pueden adoptar dos tipos de modalidades, bien sea constituirse por sociedad por acciones o como empresa industrial y comercial del estado, esta última cuando no quiera los participantes en la empresa que sus acciones estén representadas por acciones. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia 0483 de 1999, manifestó: , es obvio que si corresponde a la ley determinar el régimen jurídico a que está sometida la prestación de los servicios públicos, también es de su resorte determinar las formas o modalidades de organización empresarial a que deben sujetarse quienes tengan la responsabilidad de su prestación, cuando ésta no la asuma directamente el Estado". En consecuencia, las empresas de servicios públicos oficial y las mixtas no son iguales ni equiparables a las sociedades de economía mixta, las cuales tiene un régimen legal especial dispuesto en la ley 489 de 1998. Existen diferencias de carácter legal a saber; Las sociedades de economía mixta se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, pertenecen al sector descentralizado de la administración pública y su creación debe ser autorizada por la Ley. En tanto que las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas se rigen por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, no requieren para su creación autorización legal. Resulta pertinente reiterar que la Ley 142 de 1994, únicamente dio la posibilidad de que las empresas de servicios públicos puedan ser sociedades por acciones o empresas industriales y comerciales, no sociedades de economía mixta. Las empresas de servicios públicos domiciliarios, no son sociedades públicas, pues como se ha manifestado de manera reiterada, son una categoría especial que creó la Ley 142 de 1994, la cual es una norma de carácter especial que en materia de servicios públicos domiciliarios y régimen de las empresas que los prestan, prima en su aplicación respecto de la Ley 489 de 1998 la cual es una ley cuadro o marco para la administración pública. Al respecto el doctor Luis Ferney Moreno, en su obra Servicios Públicos Domiciliarios, Perspectivas del Derecho Económico, página 82 manifestó: "De conformidad con la concordancia entre los artículos 5 de la Ley 57 de 1887 y 3, inciso final de la Ley 142 podemos concluir que la ley de servicios públicos domiciliarios se constituye en el régimen jurídico especial de las empresas de servicios públicos (sociedades por acciones y empresas industriales y comerciales del Estado) con prelación a disposiciones generales del ordenamiento jurídico colombiano...".

A continuación transcribiremos cada una de las respuestas de Isa, Isagen y Corelca. Estas empresas también acogen la segunda posición que hemos venido explicando.

La respuesta dada por ISA es la siguiente<sup>138</sup>:

*“Si bien INTERCONEXION ELECTRICA S.A E.S.P da respuesta a sus solicitudes, no lo hace en Ejercicio del Derecho de Petición, ya que el mencionado derecho establecido en el artículo 23 de la Constitución Política y desarrollado por el Código Contencioso Administrativo y Ley 57 de 1985, consiste en la facultad que tiene toda persona en formular peticiones a las autoridades y para consultar los documentos que reposan en las Entidades Oficiales, para que se le expida copia de los mismos, salvo que dichos documentos tengan el carácter Reservado Conforme a la Constitución o la Ley.*

*“La compañía, de acuerdo con sus estatutos y lo previsto en la Ley, es una empresa de **Servicios Públicos**, constituida como Sociedad Anónima de carácter comercial, del Orden Nacional y sometida al régimen jurídico de la Ley 142 de 1994, sin que pueda predicarse de ella que sea una Sociedad de Economía Mixta o le apliquen las normas previstas para éstas sociedades.*

*“En atención a su naturaleza jurídica y según lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 142 de 1994, en el párrafo del artículo 8 y en el artículo 76 de la Ley 143 del mismo año, y en el artículo 31 y párrafo del artículo 39 de la Ley 689 de 2001, es indudable que el régimen legal de los actos y contratos de ISA es el derecho privado, razón por la cual las normas que regulan el derecho de petición no son aplicables a la entidad”.*

*(...)*

*Al respecto debemos manifestarles que ISA nunca ha tenido desde su creación, siquiera un momento, la calidad de “Empresa de Economía Mixta” y por lo tanto la empresa en si misma o el área jurídica, no ha desarrollado o adquirido conocimientos tan especializados sobre este tipo de entidades con la calidad y profundidad que estos requieren en un estudio de la importancia de su trabajo. Ustedes comprenderán que el objeto social prioritario de ISA es el Transporte de Energía y por lo tanto su conocimiento especializado se direcciona a desarrollar herramientas técnicas y científicas sobre esta actividad; también ISA tiene un especial conocimiento sobre la Reglamentación que expide la Comisión de Regulación de Energía y Gas -*

---

<sup>138</sup> Oficio No. 011961-1 de Junio 12 de 2002 Suscrito por la Dra. Nelly Gomez de Penagos, Secretaria General Encargada.

*CREG- pues aquí reposa la normatividad que rige la prestación del Servicio Público de Energía. Esta reglamentación contiene directrices de carácter operativo, técnico, administrativo, tarifario, prioridad del servicio, su continuidad e ininterrupción en la prestación, la eficiencia y el mínimo costo entre otras actividades; estas normas son la manifestación del poder reglamentario del Estado Colombiano en ejercicio de la facultad Constitucional de intervenir en el control, regulación y vigilancia de los servicios públicos y el planeamiento de la Economía General. Esta reglamentación no es de importancia para su investigación pues ella se refiere al servicio público de energía como tal y no a las empresas o entidades prestadoras del mismo*

*Hasta la expedición de la Ley 142 de 1994, INTERCONEXIÓN ELECTRICA S.A. "ISA" era una empresa Industrial y Comercial del Estado. El artículo 180 de esta Ley dispuso: "Las entidades descentralizadas que estuvieren prestando los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, se transformarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 17, en un plazo de dos años a partir de su vigencia".*

*Con base en la norma transcrita, y por medio de las respectivas reformas estatutarias, ISA se transformó en Empresa de Servicios Públicos Mixta, sometida al régimen jurídico establecido en la Ley de Servicios Públicos, Ley 142 de 1994.*

***La Ley 142 de 1994, creó una nueva especie de persona jurídica denominada "Empresa de Servicios Públicos" distinta de las sociedades comerciales ordinarias y también distinta de las entidades descentralizadas, sometida a un régimen legal especial (artículos 17 a 38 de esta Ley). Hoy es absolutamente claro que este tipo de Empresa de Servicios Públicos Mixta no pueden ser clasificadas como entidades descentralizadas, y ni siquiera se pueden asimilar a las SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA que son creadas, reglamentadas y reguladas entre otras normas por los Decretos 1050,3130 y 3135 de 1968, la Ley 489 de 1998 que son materia del derecho administrativo y normas complementarias; Por lo tanto estas entidades sí hacen parte de la administración pública como entidades descentralizadas.(El subrayado es nuestro).***

*Es cierto que la doctrina y la academia, y aun los jueces, fueron en un principio y por un buen tiempo, reacios a reconocerle la calidad de Sujeto de Derecho Privado a este tipo de nuevas entidades creadas por la Ley 142 de 1994 y sobre todo a desligarlas de la estructura estatal cuando la Nación tiene participación en ellas; pero después de estudiar y profundizar en el análisis de la Constitución Política y de evaluar el alcance de los conceptos de desestatización del servicio público se llegó por fin a la aceptación jurídica de la verdadera calidad de este nuevo tipo de empresas prestadoras de*

*servicios públicos. No falta mucho tiempo para que este tipo de entidades, sean percibidas con la naturalidad jurídica, por ejemplo, como consideramos a los Bancos y Corporaciones Financieras y de Ahorro que prestan el servicio público de captación de dinero del público o las empresas de transporte que prestan el servicio público de transporte, que a su vez también están vigiladas por Superintendencias las primeras y por El Ministerio del Transporte las segundas, porque son servidos públicos también intervenidos por el Estado*

*En conclusión, las empresas de servicios públicos mixtas como ISA están regidas por la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, la Ley 143 de 1994 denominada Ley Eléctrica la Ley 689 de 2001 y el Derecho Privado (código civil, de comercio y laboral). Por esta calidad de la empresa, regulada por el derecho privado, es que hemos dado respuesta a ustedes indicándoles que las normas que reglamentan el derecho de petición no son aplicables a ISA. (EL subrayado es de nosotros).*

En el mismo sentido, ISAGEN dio respuesta en los siguientes término<sup>139</sup>:

*“Para responder las comunicaciones del \_\_\_\_\_ del año en curso, en donde en ejercicio del Derecho de Petición solicita se le suministre alguna información, debemos expresar lo siguiente:*

*“El mencionado Derecho establecido en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y desarrollado por el Código Contencioso Administrativo (artículos 5 a 39), la Ley 57 de 1985 y el Decreto 837 de 1989, consiste en la posibilidad que tiene toda persona de formular peticiones a las autoridades y para consultar los documentos que reposan en las entidades oficiales, para que se les suministre información o se les expida copia de tales escritos, salvo que dichos documentos tengan el carácter de reservados conforme a la Constitución o a la ley.*

*“De acuerdo con el artículo 20. de los estatutos de ISAGEN, la compañía es una empresa de servicios públicos mixta, constituida como sociedad anónima, de carácter comercial, del orden nacional **y sometida al régimen jurídico de la Ley 142 de 1994** (el subrayado es nuestro).*

*“Con esa naturaleza jurídica y según lo dispuesto en los artículos 31, 32, parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, y en el parágrafo del artículo 80. y en el artículo 11 de la Ley 143 del mismo año, es indudable que el régimen legal de los actos y contratos de ISAGEN es el del derecho*

---

<sup>139</sup> Comunicación No. 17170132 de mayo 29 de 2002, suscrita por el doctor Jairo Alberto Sierra

*privado, motivo por el cual las normas que regulan el derecho de petición no son aplicables a la Entidad.”.*

*(...)*

*Las empresas de servicios públicos, **independientemente de su origen público, mixto o privado, constituyen una nueva estructura institucional en nuestro ordenamiento jurídico, de naturaleza sui generis.** Ellas se crean bajo la forma de sociedades por acciones o de empresas industriales y comerciales del Estado especiales, que se rigen en cuanto a su constitución y funcionamiento por las normas del **derecho privado**, salvo en lo que la Constitución Política o la ley 142 de 1994 dispongan otra cosa.*(El subrayado es nuestro)

*De esta forma, la nueva organización que plantea la ley 142 de 1994 en cuanto a la naturaleza jurídica de la persona encargada de prestar servicios públicos domiciliarios, no otorga sino dos posibilidades para su conformación: o bien se constituye una sociedad por acciones (oficial, mixta o privada) o se crea una empresa industrial y comercial del Estado. Conforme a lo preceptuado por la ley 489 de 1998, artículos 38 y 68, sólo las empresas de servicios públicos oficiales son consideradas entidades descentralizadas de la rama ejecutiva del poder público.*

*Ahora bien, cuando en el capital de la sociedad por acciones que preste servicios públicos sea mayoritaria la participación pública a la privada, la ley 142 de 1994 la designa como una empresa de servicios públicos mixta, sin importar qué porcentaje superior sea el público al privado. Según lo dispone el artículo 41 *Ibíd*em, los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas son **trabajadores particulares**.*

***Las empresas de servicios públicos mixtas constituyen una nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales que tienen origen en la reforma constitucional de 1988 y ahora por las normas de la ley 489 de 1998. Las primeras son autorizadas por el legislador con fundamento en la competencia que la Constitución le otorga para establecer el régimen jurídico al que están sometidos los servidos públicos.** (SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, Rad: No. 1141, septiembre 10/98).* (Subrayado fuera de texto).

*Para hacer una clara diferenciación entre dichas empresas mixtas y las sociedades de economía mixta debemos expresar que estas últimas están específicamente reguladas. En efecto, además de las disposiciones pertinentes de la ley 489 de 1998, en los artículos 461 a 488 del Código de Comercio se establecen normas que rigen para esta clase de sociedades.*

*Las anteriores disposiciones señalan connotaciones legales especiales a las sociedades de economía mixta que nunca pueden tener las empresas de servicios públicos mixtas y, por tanto, son personas jurídicas con naturaleza jurídica diferentes.*

*Evidentemente para las empresas de servicios públicos mixta nunca tendrá aplicación lo contemplado en el parágrafo del artículo 97 de la ley 489 de 1998, ni en los Decretos 1222 y 1333 de 1988 para las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de su capital social, por cuanto que en ningún caso las empresas de servicios públicos mixtas pueden llegar a tener régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, ni sus empleados pueden ser considerados trabajadores oficiales (artículos 17,19 y 41 de la ley 142 de 1994).*

***De esta forma, les podemos indicar que las empresas de servicios públicos mixtas no son sociedades de economía mixta, sino una nueva categoría de persona jurídica con tipología y características peculiares, que el legislador le quiso dar, por las nuevas condiciones que presenta la Constitución de 1991.*** (Subrayado por fuera del texto original).

Asimismo, CORELCA respondió lo siguiente:

*“La CORPORACIÓN ELECTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA -CORELCA S.A. E.S.P. fue creada como un establecimiento Público Descentralizado mediante la Ley 59 de 1967, reglamentado por el Decreto 383 de 1985, reorganizada en Empresa Industrial y Comercial del Estado mediante el Decreto 2121 de 1992 y transformada en Sociedad Anónima mediante Escritura Pública No. 2371 de 1999, Mediante escritura Pública No. 1689 de 2000 fue transformada en Empresa de Servicios Públicos mixta.*

*“La Ley 142 de 1994, creó una nueva categoría de empresa con un régimen jurídico especial, el cual tiene por objeto desarrollar los preceptos constitucionales de la libre iniciativa privada, la libre empresa, la libre competencia y la libre prestación de los servicios públicos por parte de los particulares y el Estado contenidos en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política. “La Ley 142 de 1994, es clara al determinar que las empresas de servicios públicos pueden adoptar dos modalidades, bien sea constituirse como sociedad por acciones o como empresa industrial y comercial del estado.”En consecuencia, las empresas de servicios públicos oficiales y las mixtas no son iguales ni equiparables a las sociedades de economía mixta, las cuales tienen un régimen legal especial dispuesto en la Ley 489 de 1998.*

*“Existen diferencias de carácter legal a saber:*



*“Las sociedades de economía mixta se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, pertenecen al sector descentralizado de la administración pública y su creación debe ser autorizada por la Ley, en tanto que las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas que tengan su capital representado en acciones se rigen por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, no requieren para su creación autorización legal.*

*“Por lo anterior, nos vemos imposibilitados para colaborarle, pues la Naturaleza Jurídica de CORELCA S.A. E.S.P., no coincide con la Empresa objeto de su estudio”.*

De la anterior posición se concluye que las empresas de Servicios Públicos Mixtas, se someten al régimen jurídico de la Ley 142 de 1994, sin que pueda predicarse de ella que sea una Sociedad de Economía Mixta o le apliquen las normas previstas para éstas sociedades.

Las sociedades de economía mixta se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, pertenecen al sector descentralizado de la administración pública y su creación debe ser autorizada por la Ley, en tanto que las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas que tengan su capital representado en acciones se rigen por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, no requieren para su creación autorización legal.

**CAPITULO VIII**  
**8. CREACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE LAS SOCIEDADES**  
**DE ECONOMÍA MIXTA**

**8.1 CREACIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

**8.1.1 Marco Constitucional y marco legal.** Las Sociedades de Economía Mixta serán constituidas en virtud de autorización legal, tal como se desprende del último inciso del artículo 49 de la Ley 489 de 1998. Esta característica, ha dicho el Consejo de Estado<sup>140</sup>, “*tiene su fuente primigenia en la propia Constitución Política*”.

En efecto, el numeral 7° del artículo 150, dispone que corresponde al Congreso “autorizar la constitución de (...) sociedades de economía mixta”. Y, de acuerdo con el artículo 300, numeral 7°, le corresponde a las asambleas departamentales “autorizar la formación de sociedades de economía mixta”.

Por otro lado, el numeral 6° del artículo 313, le atribuye a los Concejos Municipales “autorizar la constitución de sociedades de economía mixta” en su respectivo nivel.

**8.1.2 Requisitos para la constitución de una sociedad de economía mixta.** Tal y como se colige de los artículos constitucionales citados, para que exista una sociedad de economía mixta se requiere que haya mediado previamente el *acto estatal*, llámese *Ley, ordenanza o acuerdo que autorice su creación*.

Pero dicho acto estatal no es suficiente para que exista una Sociedad de Economía Mixta, es necesario, además, celebrar el contrato de sociedad.

---

<sup>140</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Abril 19 de 1993. Consejero Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco

En el mismo sentir, la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que:

*“(...)Dos actos jurídicos requieren la constitución de una sociedad de economía mixta: la Ley que crea o autoriza, y el contrato de sociedad (...)”<sup>141</sup>*

**8.1.3 Las sociedades de economía mixta pueden adoptar cualquiera de los tipos societarios previstos en el Código de Comercio.** Con relación al régimen societario que pueden adoptar las sociedades de economía mixta, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que

*“(...) legalmente las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas de derecho privado, son sociedades de comercio sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresas que la Constitución y la Ley establezcan.*

*Pueden constituirse bajo cualquiera de las formas de sociedad previstas en el código de comercio, colectivas, en comandita simples o por acciones, de responsabilidad limitada o anónimas, ya que la Ley colombiana no señala ninguna en especial. Esta última forma, que algunas legislaciones extranjeras encuentran como única aceptables es la que mejor permite desarrollar el objetivo social<sup>142</sup>. (...)*

En el caso colombiano, la mayoría de sociedades de economía mixta, por no decir que todas, se han constituido como *sociedades anónimas*.<sup>143</sup>

**8.1.4 El contrato de sociedad de las sociedades de economía mixta.** Tratándose de verdaderas sociedades, reguladas por la Ley mercantil, se hace necesario la celebración de un “contrato de sociedad” por parte del Estado, o de

---

<sup>141</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de febrero 27 de 1975. Radicación No. 1063

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> En esta misma obra véase Capítulo 14 “Los órganos sociales en las sociedades de economía mixta”, Capítulo 14.2. “Tipo Social”

sus entidades, con los particulares que van a participar en la nueva entidad.<sup>144</sup>

8.1.4.1 Es un contrato comercial. Debe reiterarse que dicho contrato no es un *contrato estatal* de los regulados por la Ley 80 de 1993, se trata de un contrato propio del derecho privado pero que se encuentra limitado por un acto de derecho público. Este contrato debe observar las disposiciones del código de Comercio, en efecto, tienen que cumplir con la solemnidad de la Escritura Pública, con ello la sociedad quedará *“legalmente constituida, formando una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”*<sup>145</sup>.

Como se aprecia, el nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad está vinculado a la Escritura de constitución de la sociedad.<sup>146</sup> Compartimos la posición del profesor Narváez, quien afirma que el contrato de sociedad es consensual *“puesto que se perfecciona con el *ánimus contrahende societatis*”, y “si el contrato generador de la sociedad fuera solemne, entonces la formalidad de la escritura pública y de la inscripción de ésta en el Registro Mercantil, sería condición de existencia”*.<sup>147</sup>

**8.1.5 Representación de las acciones, cuotas o partes de interés de la Nación o de las Entidades Públicas en las sociedades de economía mixta.** La representación de las acciones, cuotas o partes de interés de la Nación y de las entidades públicas que posean en una sociedad de economía mixta, corresponderá al Ministro o al Director del Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha sociedad. Lo anterior no aplicará cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero en el mercado bursátil.

Cuando el accionista sea un establecimiento publico o una empresa industrial y

---

<sup>144</sup> RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 100

<sup>145</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 98.

<sup>146</sup> NARVÁEZ, Op. Cit., p. 152

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 151.

comercial del Estado, su representación corresponderá al representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos (artículo 99 de la Ley 489 de 1998).

**8.1.6 Autorización gubernamental para la creación de determinadas sociedades de economía mixta.** Cuando se trate de la constitución de una sociedad que requiera aprobación gubernamental para su funcionamiento (nos referimos a las sociedades de economía mixta del orden departamental), deberá obtenerse la autorización de la superintendencia respectiva.

A manera de ejemplo, de conformidad con el numeral primero del artículo 326 del Decreto Ley 663 de 1993, la Superintendencia Bancaria ejerce funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades. En este sentido le corresponde autorizar la constitución y funcionamiento de las entidades sometidas a su vigilancia. Esta superintendencia deberá también aprobar la conversión, transformación, escisión de instituciones sujetas a su control; objetar la fusión y adquisición de entidades financieras y aseguradoras cuando a ello hubiere lugar, de conformidad con las causales previstas en la Ley.

## **8.2 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL**

**8.2.1 Requisitos para su constitución.** Cuando se trate de la creación de una sociedad de economía mixta del orden nacional, se exige que se expida una Ley de autorizaciones por el Congreso<sup>148</sup>, y que se celebre el contrato de sociedad en los términos que fije dicha Ley.

---

<sup>148</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Numeral 7 de artículo 150.

## **8.2.2 Domicilio de las sociedades de economía mixta del orden nacional<sup>149</sup>.**

Con relación al domicilio, también es atribución del Congreso señalar dentro de la Ley de autorización tanto la sede de la organización administrativa de la sociedad de carácter nacional, como su domicilio legal, en los términos del artículo 1 de la Ley 33 de 1983.

**8.2.3 Actos Jurídicos necesarios para la constitución de una sociedad de economía mixta del orden nacional.** Como afirmábamos en líneas anteriores, son dos los actos jurídicos necesarios para constituir una sociedad mixta. Son ellos: la Ley que autoriza su constitución y el contrato de sociedad

A continuación, estudiaremos el contenido de cada uno de estos actos.

8.2.3.1 Contenido de la Ley que autoriza la constitución de la sociedad. En términos generales, la Ley que autorice la constitución de una sociedad mixta debe determinar sus objetivos, su estructura orgánica y el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los objetivos que se fijan en la Ley enmarcarán la finalidad que el Estado desea se lleve a cabo a través de la sociedad.

Con relación a la estructura orgánica deberán incluirse, por disposición del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, la “denominación; la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico; la sede; la integración de su patrimonio; el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y designación de sus titulares, y el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual están vinculadas”.

---

<sup>149</sup> En esta misma obra véase Capítulo 8.22 y Capítulo 10 “Domicilio de las sociedades de economía mixta”.

8.2.3.2 Contenido del contrato social. El artículo 110 del Código de Comercio indica de manera expresa el contenido del acto notarial constitutivo de la sociedad, a saber: identificación de los otorgantes; designación de la sociedad; domicilio principal y secundarios; objeto social; conformación del capital social; administración de la sociedad; reuniones del órgano supremo de la sociedad; períodos contables; término de duración y causales de disolución anticipada; pautas para liquidar el patrimonio social; mecanismos para resolver las diferencias entre los asociados y con la sociedad; nombre, facultades y obligaciones del representante legal; facultades y obligaciones del revisor fiscal y pactos accesorios.

Se trata, como bien sostiene el profesor Narváez, de “pautas generales”.<sup>150</sup>

*“(...) Ya que todas las cláusulas han de ajustarse al régimen particular y específico del respectivo tipo de sociedad acordado por los contratantes. Y en la enumeración hay estipulaciones atinentes a las personas que concurren a declarar su voluntad y que rigen para toda la escritura; las que configuran el acuerdo de voluntades o son esenciales para que surja la sociedad, verbigracia, las relativas a las aportaciones de todos y la participación también de todos en las utilidades, sin las cuales el contrato degenera en otro diferente; las que por ser de naturaleza del llamado contrato social, se considera que le pertenecen y pueden no ser tan explícitas; y las cláusulas accidentales, vale decir, que ni esencial ni naturalmente corresponden a dicho contrato(...)”*

No debe olvidarse la disposición del artículo 462 del Código de Comercio que ordena señalar las condiciones que para la participación del Estado, contenga la disposición que autorice su creación; el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos administrativos. El artículo 462 al que nos hemos referido, coincide con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 489 de 1998.

---

<sup>150</sup> NARVAEZ, Op. Cit. p. 152 y 153.

**8.2.4 Elementos del contrato de sociedad de las empresas mixtas para el Consejo de Estado.** La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>151</sup>, ha señalado cuáles son en su entender, los elementos para la configuración de dicho contrato:

*“(...) El ánimo asociativo o sea el deseo de unirse, lo cual para el caso de la sociedad de economía mixta, debe aparecer en el acto que autoriza su constitución y en el contrato social; el aporte o suministro de elementos económicos que para el caso del Estado, deberá estar justificado con la respectiva apropiación presupuestal.*

*(...) El ánimo de lucro que es elemento tipificante de la finalidad de la sociedad que es perseguido por todos los socios desde su constitución y en el transcurso de la vida social. Para que el Estado entre a formar parte de una sociedad es menester, se reitera, que la manifestación de voluntad que se presta para la celebración del contrato, se acomode a lo dispuesto en el acto estatal contentivo de la autorización para su creación, el aporte del Estado que es lo que propiamente tipifica a la sociedad como de economía mixta;*

*(...). Pero a su vez, la sociedad es comercial porque los actos constitutivos de su objeto son comerciales, además de que toda su organización se regula por las normas del Código de Comercio, con las salvedades que señale la Ley.*

*Su régimen organizativo debe ceñirse a lo dispuesto en sus estatutos mientras estén conformes con las Leyes vigentes; y no obstante que las cláusulas del contrato resultan del libre acuerdo de voluntades, existe normatividad jurídica especial que regula ciertos aspectos del contrato social (...).”*

### **8.3. SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN DEPARTAMENTAL**<sup>152</sup>

**8.3.1. Fundamento constitucional.** De conformidad con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución Política le corresponde a las

---

<sup>151</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 19 de 1993. Radicación No. 506. Consejero Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco.

<sup>152</sup> En este breve capítulo haremos alusión a las sociedades de economía mixta del orden departamental y municipal Sin embargo, el análisis general de la investigación se limitará a las sociedades de economía mixta del orden nacional.



Asambleas Departamentales por medio de *ordenanzas* (...) “*autorizar la formación de sociedades de economía mixta*”.

**8.3.2 Fundamento legal.** El Decreto Ley 1222 de 1986 regula a las sociedades mixtas del orden departamental. En las materias no reguladas por esta norma, se aplicarán las disposiciones pertinentes previstas en la Ley 489 de 1998.

**8.3.3 Aportes en las sociedades de economía mixta del orden departamental y representación de acciones, cuotas o partes de interés.** Los aportes, para el caso de sociedades de economía mixta del orden departamental, son en parte de los departamentos, y en parte proveniente de inversionistas particulares.

La representación de las acciones, cuotas o partes de interés que posea el departamento corresponde al gobernador, al secretario, o al jefe de departamento administrativo a cuyo despacho se halle vinculada la sociedad.

Cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Departamento, su representación corresponderá al respectivo representante legal.

Es posible que el monto de los aportes estatales sea inferior al 50% del capital de la sociedad, como se colige del artículo 256 del Decreto Ley 1222, en concordancia con la Sentencia C-953 de 1º de diciembre de 1999, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Alfredo Tulio Beltrán Sierra..

**8.3.4 Órganos de representación y dirección en las sociedades de economía mixta del orden departamental.** En toda sociedad de economía mixta del orden departamental, los representantes del Gobierno de este nivel en los órganos directivos de la sociedad, deben velar porque las actividades que la empresa desarrolle, se ajusten a la política y programas que la Administración departamental

ha definido.

Debemos anotar, que quienes representan a las Asambleas Departamentales en las juntas directivas de estas sociedades no actúan como agentes del gobernador. Mientras que las personas que representan al Gobierno departamental en las juntas directivas de las mismas, son agentes del gobernador de su libre nombramiento y remoción, al igual que los gerentes y directores<sup>153</sup>.

**8.3.5 Transformación, fusión y supresión de las sociedades de economía mixta del orden departamental.** En relación con los procesos de transformación, fusión, supresión o modificación de estas entidades, son competencia de las Asambleas Departamentales, a iniciativa de los gobernadores. Estos procesos se harán teniendo en cuenta las disposiciones del respectivo contrato social (artículo 261 Decreto Ley 1222 de 1986).

**8.3.6 Las sociedades de economía mixta del orden departamental deben acatar la Ley y el contrato.** Ordena el artículo 263 del Decreto Ley citado, que las sociedades de economía mixta deben someterse además de las cláusulas del contrato social, a las normas de dicho Decreto Ley y a las disposiciones que expidan las asambleas y demás autoridades seccionales en lo atinente a su definición, características, naturaleza jurídica, funcionamiento, régimen de sus actos, incompatibilidades, inhabilidades de las juntas directivas y de los miembros de estas y de los sus representantes legales.

**8.3.7 Actos administrativos expedidos por las sociedades de economía mixta departamentales.** El artículo 308 del Decreto Ley 1222, dispone que serán *actos administrativos*, aquellos que expidan estas entidades en cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confinado el acto creador o sus estatutos.

De otro lado, los actos y hechos que realicen para el desarrollo de sus actividades

---

<sup>153</sup> Decreto Ley 1222 de 1986, Artículo 278 inciso 2°

industriales y comerciales estarán sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria.

**8.3.8 Normas aplicables a la creación de sociedades de economía mixta del orden departamental.** A los asuntos relacionados con la creación de sociedades de economía mixta del orden Departamental que no se encuentren reguladas por el Decreto Ley 1222 de 1986, deberán aplicarse las disposiciones pertinentes contenidas en la Ley para la organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas nacionales, es decir la Ley 489 de 1998.

## **8.4 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN MUNICIPAL Y DISTRITAL**

**8.4.1 Fundamento constitucional.** La autorización de la constitución de las sociedades de economía mixta del orden municipal, corresponde a los *Concejos*, en los términos del numeral 6° del artículo 313 de la Constitución. Esta autorización se realiza a través de *acuerdos municipales y/o distritales*, posteriormente se celebra el contrato societario que se limita al contenido del acuerdo.

**8.4.2 Fundamento legal.** El Decreto Ley 1333 de 1986 contiene las disposiciones relativas a las sociedades de economía mixta del orden municipal.<sup>154</sup>

En este nivel las sociedades de economía mixta deben someterse a las normas que contengan la Ley y las disposiciones que expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo que se refiere a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, funcionamiento, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de las juntas directivas de los

---

<sup>154</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-129 de marzo 30 de 1995. En esta sentencia se declaró la inexequibilidad del Decreto Extraordinario 2626 de 1994, motivo por el cual entendemos vigentes los artículos 156, 158, 164 y 283 del Decreto Ley 1333 de 1986.

miembros de éstas y de sus representantes legales.

#### **8.4.3. Presupuesto de las sociedades de economía mixta del orden municipal.**

En materia presupuestal, el artículo 283 del Decreto Ley 1333 de 1986 contiene una disposición relativa a la apropiación presupuestal para amortizar empréstitos, dice la norma referida que *“los Consejos municipales y las juntas o consejos directivos de los organismos descentralizados, no podrán aprobar los presupuestos de tales entidades si en ellos no se hubieren incluido las partidas necesarias para atender oportuna y totalmente el pago del servicio de toda deuda que resulte exigible en la vigencia respectiva, por concepto de empréstitos contratados”*.

### **8.5. SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA INDIRECTAS**

**8.5.1 Las sociedades de economía mixta indirectas hacen parte de la rama ejecutiva.** Las entidades descentralizadas indirectas, denominadas también entidades de *segundo grado*,<sup>155</sup> son aquellas personas jurídicas que surgen por virtud de la asociación de entidades descentralizadas entre sí o con los particulares.

Debe agregarse que las entidades descentralizadas indirectas son siempre de naturaleza societaria, y que, vienen a hacer parte de la estructura y organización de la Administración Pública, integrando la Rama Ejecutiva, dentro del sector descentralizado por servicios, según se colige de la letra g, numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998:

*“(...)Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 1. Del sector Central (...); 2. Del Sector Descentralizado por Servicios: (...) g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que se cree, organice o autorice la Ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder*

---

<sup>155</sup> Denominación de algunos autores, véase Librado Rodríguez Rodríguez, Efraín Gómez Cardona y Álvaro Tafur Galvis.

*Público(...)*”.

Ahora bien, las *sociedades de economía mixta indirectas o de segundo grado*, serían aquellas entidades societarias en donde hubiere aportes estatales provenientes de entidades descentralizadas, y por otro lado, aportes de capital privado. Es decir, las sociedades de economía mixta indirectas se forman por la participación de una sociedad mixta directa que entra a formar parte de una sociedad en la cual existan, al mismo tiempo, aportes de capital privado.

**8.5.2 Sociedades de economía mixta indirectas del orden departamental y municipal.** En el orden departamental el Decreto Ley 1222 de 1986 establece que *“las personas jurídicas en las cuales participen los departamentos y municipios, o sus entidades descentralizadas, asociados entre ellos o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizados, se sujetarán a las normas contempladas en los Decretos Leyes 3130 de 1968, artículo 4º y 130 de 1976, artículos 1º y 5º”*.

Más adelante señala que dicha autorización debe ser previa y expresa por parte de las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, y por los otros actos que hayan creado las entidades que se asocian o constituyen compañías entre sí o con otras personas.

Teniendo en cuenta que el Decreto Ley 3130<sup>156</sup> de 1968 y la Ley 130 de 1976 fueron derogados por la Ley 489 de 1998, necesariamente deberá acudirse a esta norma, y a las demás que resulten pertinentes.

---

<sup>156</sup> El artículo 4º del Decreto 3130 de 1968 se refería a las entidades descentralizadas indirectas en los siguientes términos: “Artículo 4º. De las entidades descentralizadas indirectas. Las personas jurídicas en las cuales participen la nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 de 1968, y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores (...)”.

Por su parte, el artículo 164 del Decreto Ley 1333 de 1986, con relación a las sociedades de segundo grado, dispone que les son aplicables los artículos de dicho Decreto, siempre que se trate de entidades que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos locales.

A estas entidades se les aplica el régimen previsto para las sociedades de economía mixta directas, y siempre debe mediar autorización previa del Gobierno Nacional si se tratare de ese orden, del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental, municipal y/o distrital respectivamente, esto debe entenderse en concordancia por lo dispuesto en el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998

## **8.6. FUSIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

El artículo 51 de la Ley 489 de 1998 establecía las disposiciones relativas a la *“fusión de entidades u organismos nacionales”*.

La Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma en cuestión,<sup>157</sup> ya que el legislador, a través de la reglamentación concreta y particular del artículo 51, estaba invadiendo la órbita de las funciones que le compete desarrollar y cumplir al Presidente de la República por mandato del numeral 15 del artículo 189 de la Carta,

---

<sup>157</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de septiembre 20 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Se afirma en la citada providencia que *“Cuando la fusión de una entidad con otra u otras se decreta por el Presidente de la República, éste ha de ejercer esa atribución constitucional de conformidad con la Ley, según las voces del artículo 189 numeral 15 de la Carta. El primer momento, -para el proceso de fusión de entidades de la administración- está a cargo del Legislador, y el segundo a cargo del Presidente, quien con estricta sujeción a la ley puede ejercer esa atribución como suprema autoridad administrativa.. (...) Ello ha de suponer entonces, que las causales por las cuales podría el Ejecutivo decretar la fusión de entidades administrativas preexistentes.. (...) El legislador no puede descender a la reglamentación particular y concreta, por cuanto, en tal caso, invade la órbita de las funciones del presidente (...), tampoco la Ley puede ser de una amplitud de tal naturaleza que deje campo abierto a la arbitrariedad, pues, en tal caso, a pretexto de señalar al Ejecutivo criterios y Objetivos generales, en realidad se despoja el Congreso de funciones que la Carta asignó a él y no a ninguna otra autoridad”*. (...).

según el cual al Presidente de la República le fue asignada la función de “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la Ley”.

El artículo 51 de la Ley 489 de 1998 precisaba que:

**“Modalidades de la fusión de entidades u organismos nacionales que decreta el Gobierno.** El Presidente de la República, en desarrollo de los principios constitucionales de la función administrativa podrá disponer la fusión de entidades y organismos administrativos del orden nacional con el fin de garantizar la eficiencia y la racionalidad de la gestión pública, de evitar duplicidad de funciones y actividades y de asegurar la unidad en la concepción y ejercicio de la función o la prestación del servicio.

*El acto que ordene la fusión dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades fusionadas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el proceso de adecuación de la estructura orgánica y, de conformidad con las normas que rigen la materia, y, la situación de los servidores públicos.*

*El presidente de la República deberá reestructurar la entidad que resulte de la fusión, establecer las modificaciones necesarias en relación con su denominación, naturaleza jurídica, patrimonio o capital y regulación presupuestal según el caso, de acuerdo con las normas orgánicas sobre la materia, y el régimen aplicable de conformidad con las disposiciones de la presente ley.*

*La fusión de los organismos, entidades o dependencias, o el traslado de funciones de una entidad a otra, no implica solución de continuidad para el ejercicio de la función o la prestación del servicio público y el cumplimiento de las obligaciones de ella resultantes a cargo de una entidad u organismo al que finalmente se le atribuyan.*

*Una vez decretada la fusión, supresión o escisión, el registro público se surtirá con el acto correspondiente, y frente a terceros las transferencias a que haya lugar se producirá en bloque y sin solución de continuidad por ministerio de la ley. La fusión o supresión de entidades u organismos del orden nacional o la modificación de su estructura y los actos o contratos que deben extenderse u otorgarse con motivo de ellas, se considerarán sin cuantía y no generarán impuestos, contribuciones de carácter nacional o tarifas por concepto de tarifas y anotación. Para los efectos del registro sobre inmuebles y demás bienes sujetos al mismo, bastará con enumerarlos en el respectivo acto que decreta la supresión, fusión, escisión o modificación, indicando el número de folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifique el registro del bien o derecho respectivo.*

**Parágrafo.** *Por virtud de la fusión, el Gobierno no podrá crear ninguna nueva entidad u organismo público del orden nacional. En tal sentido se considera que se crea una entidad nueva cuando quiera que la resultante de la fusión persiga objetivos esencialmente distintos de aquellos originalmente*

*determinados por el legislador para las entidades que se fusionan.*

La norma citada obligaba al ejecutivo a reestructurar la entidad que resultara de la fusión. Igualmente, el inciso segundo señalaba que el acto que ordenara la fusión debería determinar lo relacionado con la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades fusionadas, lo cual llena la disposición de cierta vaguedad e imprecisión.

Esta norma originaba, grandes diferencias entre el acto administrativo que debe expedir el Presidente y las normas generales consagradas en el Estatuto Mercantil.

El Dr. Francisco Reyes Villamizar,<sup>158</sup> afirma con relación al contenido del ya declarado inexecutable artículo 51, que *“dada el carácter general y permanente de los mecanismos regulados en esta norma, le confiere al ejecutivo amplias facultades de reestructuración de las entidades del Estado”,* y más adelante señala que *“la propia Ley 489 de 1998 crea confusión respecto del régimen de publicidad de la fusión de las citadas entidades, al determinar la necesidad de inscribir en la Cámara de Comercio el mencionado Decreto presidencial, en lugar de la escritura pública de fusión, según el sistema general”.*

Actualmente, la fusión de sociedades de economía mixta se ha quedado sin regulación normativa –esto, en virtud de la declaratoria de inexecutable del artículo 51 de la Ley 489 de 1998 por la Corte Constitucional- que fije las pautas de actuación para el proceso de fusión.

Por lo pronto, se seguirá exigiendo que el Presidente de la República dicte Decretos para casos específicos de fusión, y continuará siendo indispensable la participación del Legislador, con la finalidad de conferirle al Gobierno facultades extraordinarias para actuar en estos procesos.

---

<sup>158</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2000. p. 115.



## 8.7. ESCISIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

La escisión, entendida como la *“división del patrimonio de una sociedad en dos o más partes, a fin de traspasar en bloque una, varias o la totalidad de estas partes resultantes de la división a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación, recibiendo los accionistas de la sociedad escindida acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias en contraprestación a esta aportación”*<sup>159</sup> permite amplias posibilidades de reestructuración empresarial.

Como se observa de la definición anterior, es posible que el traspaso patrimonial en bloque de la sociedad escindida lo reciba una nueva sociedad que se constituya para tal efecto.

Antes de ser declarado inexecutable, en su integridad, el artículo 53 de la Ley 489 de 1998, era posible que el Presidente de la República tomara la determinación de escindir las sociedades de economía mixta. La parte final de dicho artículo, expresaba que *“El Presidente de la República (...) podrá autorizar la escisión de sociedades de economía mixta cuando ello sea conveniente para el desarrollo de su objeto, caso en el cual se aplicarán las normas que regulan las sociedades comerciales”*.

La Corte Constitucional consideró inexecutable la disposición del artículo 53 de la Ley 489 de 1998<sup>160</sup>, pues el Congreso, mediante ese artículo estaba facultando al Presidente de la República a crear sociedades de economía mixta, por la vía de la escisión de las existentes, lo cual contrariaba el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, conforme al cual, corresponde al Congreso, por medio de Ley ejercer la función de *“crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales*

---

<sup>159</sup> *Ibíd*em, p. 167 y 168.

<sup>160</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de septiembre 20 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

*del Estado y sociedades de economía mixta”.*

## **CAPITULO IX**

### **9. CONTROL ESTATAL A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

#### **9.1 PRELIMINARES**

Las Sociedades de Economía Mixta obedecen al principio de intervención del Estado en la economía, de donde resulta evidente que persiguen finalidades de interés general y social en el ámbito económico.

En el desarrollo de las actividades industriales y comerciales previstas en su objeto, estas empresas buscan obtener utilidades<sup>161</sup> o dividendos para sus socios o accionistas, lo cual constituye un elemento esencial de toda sociedad<sup>162</sup>.

#### **9.2 AUTONOMÍA Y CONTROL**

Una de las características propias de las sociedades de economía mixta es la autonomía administrativa y financiera.

A través del *control* sobre estas empresas se logra garantizar la coexistencia entre la autonomía con la unidad de decisión en el nivel de las políticas gubernamentales, así como de la inversión con la utilización de los recursos públicos.<sup>163</sup>

#### **9.3 EL CONTROL SE PUEDE EJERCER DESDE DENTRO Y DESDE FUERA**

Acertadamente expone el Dr. Alvaro Tafur Galvis, que el control se proyecta en

---

<sup>161</sup> En esta misma obra véase el Capítulo XVI "Utilidades en las sociedades de economía mixta".

<sup>162</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 98

<sup>163</sup> DU FAU, Jean. Les Empresas Publiques. Paris: Ed. De Láctualite Juridique, 1973. p. 257 y ss.

distintas vertientes; desde dentro del Estado, y desde fuera.

*“(…) Desde dentro del Estado, se ejerce por las autoridades que ocupan la cúspide de la organización, y sobre todas las autoridades y organismos que desarrollan actividades a cargo del Estado, cualquiera sea su estructura jurídica, variando en cada caso, naturalmente, los mecanismos de efectividad del control”.*

Desde fuera del Estado, afirma el Dr. Tafur, “se reconoce a los asociados el derecho de poner en marcha los instrumentos que permitan constatar en términos generales, la legalidad, de la actuación de las distintas autoridades; en ese sentido, podrán ejercer recursos gubernativos contra las decisiones adoptadas, o acudir a los jueces competentes en busca del restablecimiento del derecho subjetivo menoscabado, o simplemente, en interés de legalidad, perseguir la anulación de actos contrarios al derecho objetivo (...)”.<sup>164</sup>

#### **9.4 JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL ESTATAL EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

El control estatal busca verificar que las sociedades de economía mixta cumplan con los objetivos que el Estado les ha otorgado, que se hayan invertido correctamente los recursos económicos asignados y, adicionalmente, comprobar el buen funcionamiento de la empresa.

#### **9.5 MODALIDADES DE CONTROL ESTATAL SOBRE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

El control ejercido sobre las sociedades de economía mixta reviste particularidades específicas según el objetivo inmediato de dicho control y el titular del mismo.

Se distinguen las siguientes modalidades de control: el control administrativo o de tutela, el control político, el control presupuestal, el control jurisdiccional, el control

---

<sup>164</sup> TAFUR GALVIS, Op. Cit., p. 187.

administrativo especial y, por último el control social. Trataremos cada una de estas clasificaciones de control estatal en los siguientes subcapítulos.

**9.5.1 Control Administrativo o Control de Tutela<sup>165</sup>.** El control administrativo o de tutela es un control técnico, por virtud del cual se verifica que las actividades y actos de las empresas sean concordantes con la política gubernamental adoptada para cada sociedad de economía mixta.

El control de tutela parte de la base de la distinción entre organismos superiores e inferiores dentro de la estructura administrativa. Todo esto, es consecuente con la descentralización, ya que ésta involucra el concepto de vinculación del ente funcionalmente descentralizado a un ministerio o departamento administrativo, el cual ejerce un control de tutela sobre el primero con miras a obtener la coordinación de la función administrativa.<sup>166</sup>

El control de tutela<sup>167</sup>, sostiene con muy buen criterio el Dr. Alvaro Bustamante, es diferente al que ejercen los accionistas públicos, es decir, el Estado como aportante, y en razón de los derechos adquiridos en virtud del contrato social. También es diferente al control que por otros aspectos ejerce sobre esas sociedades las superintendencias del ramo, así sea una vigilancia de carácter administrativo.<sup>168</sup>

9.5.1.1 El control administrativo lo ejerce el ministerio o el departamento administrativo al que se halle vinculada la sociedad de economía mixta. El control administrativo está en cabeza del Ministro o Director de Departamento

---

<sup>165</sup> En esta misma obra véase el Capítulo 15.4.1. “Ministerios y Departamentos Administrativos que Ejercen Control de Tutela”, y el Capítulo 15.4.1.1. “Control de tutela en las sociedades de economía mixta”.

<sup>166</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-727 de 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>167</sup> En esta misma obra véase Capítulo 15.4.1.1. “Control de tutela en las sociedades de economía mixta”.

<sup>168</sup> BUSTAMANTE, Op. Cit., p. 62.

Administrativo al cual se encuentra vinculada la sociedad. Así pues, el artículo 41 de la Ley 489 de 1998 establece que la orientación y control de las actividades de los organismos y entidades administrativas le corresponde, en el orden nacional, a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo de las sociedades de economía mixta que les estén vinculadas o que integren el sector administrativo correspondiente.

Del inciso segundo, del artículo 68 de la Ley 489<sup>169</sup>, se desprende que las entidades descentralizadas –entre ellas, las sociedades de economía mixta-, están sujetas al *control político* y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están vinculadas.

Adicionalmente, se observa dentro de las funciones de los Ministros: a) la participación en la orientación, coordinación y control de las sociedades de economía mixta vinculadas a su Despacho, conforme a las Leyes y a los respectivos estatutos; b) la dirección y orientación de la función de planeación del sector administrativo a su cargo, y c) la función nominadora de los representantes legales de dichas entidades, donde actúa como su superior inmediato (letras b, c, h del artículo 61 Ley 489 de 1998). Precisamente por ello, en el acto de constitución de las sociedades de economía mixta debe señalarse la entidad de la Administración a la cual se encuentran vinculadas para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella (artículo 98 de la Ley 489 de 1998).

---

<sup>169</sup> Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales y comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

***Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas (...).*** (Subrayado por fuera de texto).

9.5.1.2 Finalidad del control administrativo. Los artículos 103 y subsiguientes de la Ley 489, corresponden al Capítulo XV que regula el control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública, en donde expresamente se señala cuál es la finalidad del control administrativo: “constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la Ley 489 y de conformidad con los planes y programas adoptados<sup>170</sup>”.

9.5.1.3 El control administrativo es un poder condicionado. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la Ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades, lo cual quiere decir que es un poder condicionado, ya que no se presume el control, sino que se ejerce únicamente en los casos y formas previstas en la Ley. Asimismo, no conlleva la posibilidad de dar órdenes.<sup>171</sup>

## **9.5.2 Control Político**

9.5.2.1 Titularidad del control político. La Constitución Política de 1991, consagra en su artículo 114 que le corresponde al Congreso de la República el ejercicio del control político sobre el Gobierno y la Administración, las sociedades de economía mixta, encontrándose vinculadas a la Administración se someten al control político.

9.5.2.2 El control político se ejerce a través de las Comisiones Constitucionales Permanentes Especializadas. El control político de carácter parlamentario, como su nombre lo indica, es ejercido por el Congreso a través de las Comisiones Constitucionales Permanentes Especializadas, según las competencias previstas

---

<sup>170</sup> Ley 489 de 1998, Artículo 104

<sup>171</sup> AYALA Jorge Enrique, Elementos de Derecho Administrativo General. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999. p. 125.

en la Ley 3° de 1992 y la Ley 754 de 2002, la cual modificó la primera. A través de estas Comisiones se citan a los representantes legales de las sociedades de economía mixta, cuando a ello hubiere lugar. Del mismo modo Artículo 137 de la Constitución Política establece que cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante, además si los citados son renuentes a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, serán sancionados por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades.

En el mismo sentido, la Ley 5ª de 1992 dispone que las Comisiones Permanentes podrán, además, solicitar la presencia de los Viceministros, los Directores de Departamentos Administrativos, el Gerente del Banco de la República, los Presidentes, Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público, a fin de que les faciliten toda la información necesaria para la discusión de proyectos de ley o para el estudio de asuntos relacionados con sus funciones.

Igualmente, el artículo 236 de la Ley 5ª de 1992 establece que: “De conformidad con el artículo 137 de la Constitución Política, una Comisión Permanente, mediante proposición, podrá requerir la presencia de cualquier persona natural o del representante de cualquier persona jurídica o de los miembros de su Junta Directiva para que, según el caso y bajo juramento, en forma oral o escrita, declare o informe sobre temas que sean de interés para la Comisión.

Salvo las restricciones constitucionales o legales toda pregunta deberá ser absuelta. La renuencia a responder será sancionada en los términos de la legislación vigente como desacato a la autoridad.



Por último, se encuentra previsto en el último inciso del artículo 138 de la Constitución Política que en las reuniones del Congreso ordinarias o extraordinarias podrán ejercerse las funciones de *control político*, sin importar que el Gobierno no hubiere sometido dicho asunto a su consideración.

Como se observa, se trata de una función que el Congreso puede ejercer en cualquier tiempo, lo que reitera la importancia del ejercicio del control político que ejerce el Congreso sobre las Sociedades de Economía Mixta.

9.5.2.3 Finalidad del control político. El control político está orientado a confirmar el buen funcionamiento de la sociedad, asimismo, se dirige a comprobar la motivación de los actos y resultados de gestión. En palabras del Dr. Tafur, “*este control, es una aplicación particularizada del general que compete al órgano político sobre las actividades de la Administración Pública*”.<sup>172</sup>

A través del ejercicio del derecho de petición, solicitamos a las siete Comisiones Constitucionales Permanentes del Congreso de la República<sup>173</sup> que nos informaran sobre lo siguiente:

- a. ¿Dentro de los últimos cinco años, las sociedades de economía mixta han enviado al Congreso, la información necesaria para que éste pueda ejercer control político sobre la sociedad?
- b. ¿ Podrían suministrarnos una lista de las sociedades de economía mixta que han cumplido con este deber?
- c. ¿Cómo se manifiesta el ejercicio del control político que ejerce el Congreso sobre estas entidades?. Es decir, ¿Cómo procede el Congreso cuando observa irregularidades dentro de las sociedades de economía mixta?
- d. ¿El Control Político previsto en la Constitución y en la Ley, es efectivo?,

---

<sup>172</sup> TAFUR, Op. Cit., p. 189.

<sup>173</sup> Derecho de Petición Radicación No. 21-03-2003

¿Cumple con sus finalidades en la práctica?.

Desafortunadamente no nos respondieron todas las comisiones, recibimos contestación de: Dr. Carlos Albornoz Guerrero (Presidente de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República), y de la Dra. Sandra Ovalle García (Secretaria General de la Comisión Sexta Constitucional Permanente). A continuación anotamos las respuestas de la Comisión Cuarta<sup>174</sup>:

*“Distinguidos estudiantes: doy respuesta a su petición contenida en oficio fechado en marzo 21 del año en curso y radicado en la oficina de correspondencia del Senado de la República (...)*

**Pregunta #1:** *A mi despacho no ha llegado información de ninguna Sociedad de Economía Mixta en estos últimos cinco años. Es posible que la Secretaría General hubiese recibido documentos sobre el particular, por lo cual comedidamente les sugiero hacer ante esa dependencia la respectiva consulta.*

**Pregunta #2:** *Está absuelta*

**Pregunta #3:** *Al Congreso de la República, de acuerdo con el mandato constitucional, le corresponde la fiscalización de los actos del Gobierno y el manejo de las entidades públicas. Esta facultad en la práctica se ejerce a través de los debates que se llevan a cabo al interior de las Comisiones Constitucionales o en las Plenarias de cada Cámara. En la citación a los funcionarios respectivos, se incluye, por lo general, invitación al Fiscal, al Contralor y al Procurador a fin de que ellos informen sobre los avances en las investigaciones que cursan en sus despachos o bien para que se enteren de las denuncias que formulan los congresistas.*

**Pregunta #4:** *Mi apreciación personal es la de que el control político ejercido por el Congreso de la República ha sido una herramienta valiosísima en la vigilancia de la legalidad y transparencia de los actos de la administración. Es bien conocido por parte de la opinión pública, las investigaciones que se han adelantado y los resultados obtenidos gracias a los debates oportunos que en su momento se llevaron a cabo en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes que, además, permitieron complementar el trabajo de los organismos de control. Si embargo, el conocimiento directo sobre el tema me permite afirmar que el control sobre los establecimientos*

---

<sup>174</sup> Oficio de fecha 15-04-2003

*de economía mixta ha sido más bien escaso, probablemente por la misma naturaleza de las entidades o porque los congresistas no han tenido información de situaciones anómalas que hubieran posibilitado la realización de éstos debates.*

*Finalmente, permítanme felicitar el trabajo que vienen realizando y que de seguro enriquecerá la doctrina nacional que existe sobre el particular. Asimismo deseo hacerles conocer mi entera disposición por colaborar en lo que estimen pertinente.”*

Siguiendo las amables recomendaciones del Dr. Albornoz, enviamos un derecho de petición a la Secretaría del Senado<sup>175</sup>, pero a la fecha no hemos recibido respuesta alguna.

Cabe destacar del texto que citamos, el hecho de que dentro del Congreso no es común que se realicen debates para hacer efectivo el control político a las sociedades de economía mixta, tal y como está previsto en la Ley, lo cual es preocupante pues pareciera que es una norma de papel que en la práctica poco o nada se hace cumplir. Observamos también, que los representantes de estas entidades no están cumpliendo el deber de informar periódicamente al Congreso sobre el funcionamiento de la empresa, lo cual puede estar ocurriendo, inclusive, por la misma ausencia de control por parte del Congreso.

En las líneas que siguen, anexamos la respuesta de la Comisión Sexta Constitucional<sup>176</sup>:

*“ (...) Señores estudiantes:  
Atendiendo a las preguntas del derecho de petición dirigido a esta célula legislativa damos a conocer que en virtud de la ley tercera de 1992, la Comisión Sexta está compuesta por trece (13) miembros en el Senado y dieciocho (18) miembros en la Cámara de Representantes, conocerá de: comunicaciones; tarifas; calamidades públicas; funciones públicas y prestación de los servicios públicos; medios de comunicación; investigación científica y tecnológica; espectros electromagnéticos; órbita geoestacionaria;*

---

<sup>175</sup> Derecho de Petición Radicación No. 15-05-2003

<sup>176</sup> Oficio No. 29-04-2003

*sistemas digitales de comunicación e informática; espacio aéreo; obras públicas y transporte; turismo y desarrollo turístico; educación y cultura.*

*Teniendo en cuenta los temas de esta Comisión Constitucional, la mayoría de empresas que están bajo nuestra competencia son de naturaleza privada por la modalidad generalizada de concesión o son empresas industriales y comerciales del Estado.*

*Según la Constitución Nacional en el artículo 114 se establece que Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. Con los límites de nuestra competencia, respondemos a sus inquietudes teniendo en cuenta que servirá de ayuda a su importante estudio del Control político de las sociedades de economía mixta.*

*Frente a la primera y segunda pregunta, las sociedades de economía mixta no envían de forma periódica y voluntaria a esta Comisión información necesaria para ejercer control político.*

*Las formas de control político previstas en la Ley quinta de 1992 (Reglamento del Congreso) son las siguientes:*

*1.- Citaciones:*

*Según el Artículo 137 de la Constitución nacional: “Cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante.*

*Si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva.*

*La renuencia de los citados a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, será sancionada por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades.*

*Si en el desarrollo de la investigación se requiere, para su perfeccionamiento, o para la persecución de posibles infractores penales, la intervención de otras autoridades, se las exhortará para lo pertinente”.*

*Según el artículo 233 de la ley quinta de 1992 se establece lo siguiente: “Las Cámaras podrán, para la discusión de proyectos de ley o para el estudio de asuntos relacionados con sus funciones, requerir la asistencia de los*

*Ministros. Las Comisiones Permanentes podrán, además, solicitar la presencia de los Viceministros, los Directores de Departamentos Administrativos, el Gerente del Banco de la República, los Presidentes, Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público”.*

*Igualmente, el artículo 236 de la ley quinta de 1992 establece que: “De conformidad con el artículo 137 de la Constitución Política, una Comisión Permanente, mediante proposición, podrá requerir la presencia de cualquier persona natural o del representante de cualquier persona jurídica o de los miembros de su Junta Directiva para que, según el caso y bajo juramento, en forma oral o escrita, declare o informe sobre temas que sean de interés para la Comisión.*

*Salvo las restricciones constitucionales o legales toda pregunta deberá ser absuelta. La renuencia a responder será sancionada en los términos de la legislación vigente como desacato a la autoridad.”*

## *2. Solicitud de Informes:*

*Según el Artículo 254 de la ley quinta de 1992: Están obligados a presentar informes al Congreso de la República dentro de los primeros quince (15) días de cada legislatura ordinaria, numeral 4º: “Los Ministros y directores de departamentos administrativos: informe sobre el estado de los negocios adscritos a su ministerio o departamento administrativo”.*

*Existe una jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al tema de informes C-386/96 de veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996) que se refiere al CONTROL POLITICO-Solicitud de informes y documentos PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ*

*“...Ahora bien, este control no es absolutamente discrecional pues el Congreso, al ejercerlo, debe respetar no sólo los derechos de las personas sino la estructura orgánica del Estado, por lo cual la propia Carta determina que es un control político sobre el Gobierno y la administración, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado, por lo cual no podrán las Cámaras invocarlo para afectar la autonomía de los funcionarios judiciales”.*

*El control político previsto en la Constitución y en la ley es efectivo y cumple con sus finalidades teniendo en cuenta que muchas de las sesiones de esta Comisión tienen como objeto la Citación de directivas, gerentes, Ministros que tienen que dar respuesta de forma escrita y verbal a los Honorables Parlamentarios y Senadores respecto a sus políticas y directrices tomadas en sus corporaciones, sociedades y empresas.*

*Deseamos que esta información sea de utilidad en su estudio (...)*”.

A primera vista, pareciera que dentro del Congreso existe consenso sobre la importancia del control político que se ejerce sobre las entidades descentralizadas, y hay cierta conformidad sobre los resultados de dicho control. A nuestro juicio, el control político arrojaría mejores resultados si la información que envíen los representantes de las sociedades mixtas fuere de manera voluntaria, periódica y oportuna, situación que se desconoce en la realidad.

**9.5.3 Control Político Presupuestal<sup>177</sup>.** El artículo 90 del Decreto-Ley 111 de 1996 establece que sin perjuicio de las prescripciones constitucionales sobre la materia, el Congreso de la República ejercerá el control político sobre el presupuesto mediante los siguientes instrumentos:

- a). Citación de los Ministros del Despacho a las sesiones plenarias o a las comisiones constitucionales;
- b). Citación de los Jefes de Departamento Administrativo, a las comisiones constitucionales;
- c). Examen de los informes que el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los Jefes de Departamentos Administrativos, presenten a consideración de las Cámaras, en especial el mensaje sobre los actos de la administración y el informe sobre la ejecución de los planes y programas, a que hace referencia el numeral 12 del artículo 189 de la Constitución Política; y
- d). Análisis que adelante la Cámara de Representantes para el fenecimiento definitivo de la cuenta general del presupuesto y del tesoro, que presente el

---

<sup>177</sup> En esta misma obra véase el Capítulo 17. “Capitalización de las sociedades de economía mixta”.

Contralor General de la República.

**9.5.4 Control Presupuestal.** La regulación normativa del ejercicio del control presupuestal, la encontramos en los Decretos 111 de 1996 y 115 del mismo año. A continuación reseñaremos las disposiciones pertinentes de cada uno de los Decretos citados.

9.5.4.1. Control presupuestal en el Decreto-Ley 111 de 1996<sup>178</sup>. Este Decreto compila las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto, a que se refiere el artículo 352 de la Constitución.

**a) Cobertura del Estatuto Orgánico del Presupuesto.** El artículo tercero de la norma citada, correspondiente a la *cobertura del estatuto*, establece que el presupuesto cubre dos niveles, el nacional que comprende al Ministerio Público, los organismos de control, la organización electoral y a las tres Ramas del Poder Público con excepción de los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas.

**b) Aplicación del Estatuto Orgánico del Presupuesto a las sociedades de economía mixta con el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.** A las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, - aquellas que según la Ley 489 de 1998 tienen una participación del Estado igual, o superior al 90% del capital de la empresa-, sólo se les aplicarán las normas que expresamente las mencione. Se aclara que a las Sociedades de Economía Mixta con carácter de *empresas*

---

<sup>178</sup> En esta misma obra véase el Capítulo 17. "Capitalización de las sociedades de economía mixta". En este capítulo se explica brevemente la Resolución número 2416 de 1997 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la cual regula varios aspectos de las sociedades de economía mixta dedicadas a la actividad financiera.

*financieras*, no se les aplica la legislación orgánica del presupuesto nacional.

Debemos mencionar que en el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 exige que se incluyan dentro del acto de creación de una sociedad mixta el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

9.5.4.2 Manifestaciones del Control Presupuestal en el Decreto-Ley 111 de 1996<sup>179</sup>

**Control sobre los estados financieros.** Las Sociedades de Economía Mixta con régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, deberán enviar al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda la totalidad de los estados financieros definitivos con corte a 31 de diciembre del año anterior, a más tardar el 31 de marzo de cada año. El incumplimiento de dicha disposición, dará lugar a la imposición de multas (artículo 91 del Decreto-Ley 111 de 1996).

**b) Seguimiento financieros del presupuesto.** El Ministerio de Hacienda efectuará el seguimiento financiero del presupuesto de dichas sociedades. Para tal efecto deberán enviar la información que éste le solicite.

**c) Solicitud de información financiera.** El Departamento Nacional de Planeación podrá solicitar directamente la información financiera necesaria para evaluar la inversión pública y realizar el control de resultados. Por disposición legal, del artículo 93 del Decreto-Ley 111 de 1996, quedan excluidas de la ejecución y seguimiento presupuestal, las Sociedades de Economía Mixta, con régimen de Empresa Industrial y Comercial dedicadas a actividades financieras.

**d) Las sociedades de economía mixta con el régimen de empresas industriales y comerciales observan los principios presupuestales.** Se les

---

<sup>179</sup> En esta misma obra véase el Capítulo 16 “Utilidades de las sociedades de economía mixta”.



aplican los principios presupuestales de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, coherencia macroeconómica y homeóstasis presupuestal, con excepción del principio de *inembargabilidad*; es decir, podrán ser embargadas las rentas de estas empresas, quedando excluidas del beneficio de *inembargabilidad*, salvo en lo que respecta a los ingresos por servicios.

**e) El Gobierno dirige y controla la elaboración del presupuesto.** El Gobierno establecerá las directrices y controles que deban cumplirse en la elaboración, conformación y ejecución del presupuesto, así como la inversión de sus excedentes.

**f) Instrucciones sobre utilidades capitalizables o susceptibles de reservarse.**

Por último, el CONPES imparte instrucciones a los representantes de estas sociedades, sobre las utilidades que se capitalizarán o se reservarán, y las que se repartirán como utilidades a los accionistas, o como dividendo.

9.5.4.3 Control Presupuestal en el Decreto 115 de 1996<sup>180</sup>. El Decreto 115 de 1996 se ocupa de determinar los procedimientos para la elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos de las empresas de la Nación, inclusive las de economía mixta. Se exceptúan las empresas de carácter financiero. A las referidas empresas no financieras se les aplicará la legislación orgánica del presupuesto nacional solo en aquellos asuntos expresamente señalados.

**a) Manifestaciones del control presupuestal contenido en el Decreto 115 de 1996<sup>181</sup>**

---

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> En esta misma obra véase “Solicitud de adición presupuestal” en el Capítulo 16.

- 1. Anteproyecto presupuestal obligatorio.** Las empresas que cobija esta regulación, deben enviar a la Dirección General del Presupuesto Nacional, un anteproyecto. Con base a dicho documento, se preparará el presupuesto de ingresos y gastos y sus modificaciones.
- 2. Aprobación del presupuesto.** El CONFIS o quien éste delegue, aprobará por resolución el presupuesto y sus modificaciones.
- 3. Intervención del Confis en el presupuesto.** Al tenor de lo dispuesto por el artículo 28 del Decreto 115 de 1996 *“el CONFIS o quien éste delegue, podrá suspender, reducir o modificar el presupuesto cuando la Dirección General del Presupuesto Nacional estime que los recaudos del año pueden ser inferiores al total de los gastos presupuestados; o cuando no se perfeccionen los recursos del crédito; o cuando la coherencia macroeconómica así lo exija; o cuando el Departamento Nacional de Planeación lo determine, de acuerdo con los niveles de ejecución de la inversión”*.
- 4. Suministro de información para facilitar el control.** Las empresas enviarán a la Dirección General del Presupuesto Nacional y a la Unidad de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación toda la información que sea necesaria para la programación, ejecución y seguimiento financiero de sus presupuestos (artículo 32 del Decreto 115). Cuando las empresas no envíen los informes periódicos, la documentación complementaria que se le soliciten o incumplan los objetivos y metas trazado en el Plan Financiero y en el Programa Macroeconómico del Gobierno Nacional, el Ministerio de Hacienda podrá abstenerse de adelantar los trámites de cualquier operación presupuestal.
- 5. Fianza y garantías especiales.** Dispone el artículo 37 del Decreto 115, que las empresas podrán constituir cajas menores y hacer avances, previa

autorización de los gerentes, siempre que se constituyan las fianzas y garantías que estos consideren necesarias.

### **9.5.5. Control Fiscal**<sup>182</sup>

9.5.5.1 Justificación del control fiscal. El control fiscal hace parte del control financiero. A través de esta modalidad de control se investiga si los recursos económicos (de carácter estatal) asignados a la empresa, han sido invertidos correctamente.

Se trata de un control *“estrictamente técnico, numérico legal, y no administrativo; debe ceñirse a verificar si el gasto corresponde a la Ley que lo ordena, o sea que los dineros se recauden e inviertan según la Ley”*.<sup>183</sup>

9.5.5.2 El control fiscal es ejercido a través de la Contraloría General de la República<sup>184</sup>. La Contraloría General de la República, es la entidad titular del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta, ya que en estas sociedades existen aportes de naturaleza estatal.

La Contraloría vela porque los recursos que proporciona el Estado estén correctamente manejados, que no se dilapiden o se desperdicien.

La Contraloría vigila hasta donde llega el aporte del Estado, pero de ahí en adelante no vuelve a tener injerencia sino hasta que existan utilidades repartibles, para determinar cuánto le corresponde al titular del aporte estatal.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye: el ejercicio de un control

---

<sup>182</sup> En esta misma obra véase 17.5.5.1. “Funciones de la Contraloría General de la República dentro del proceso de capitalización” y 9.5.5. “Control Fiscal”.

<sup>183</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Sala Plena del 25 de abril de 1974. Gaceta Judicial No. 2390 y 2391, p. 332 y ss.

<sup>184</sup> En esta misma obra véase el Capítulo 15 de “Responsabilidad”.

financiero, el control de gestión y el control de resultados.

En términos generales, el control ejercido por la Contraloría, debe consultar los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales.

9.5.5.3 El control fiscal lo ejerce la Contraloría por mandato constitucional. Se trata de una competencia de carácter constitucional. De este modo, el artículo 119 de la Carta le otorga a la Contraloría, la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la Administración. Precisamente, por vigilar los resultados de la Administración, se dice que el control financiero es auxiliar del control político.<sup>185</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 268 numeral 4°, la Constitución le otorga al Contralor, dentro de sus funciones, la facultad de exigir informes sobre la gestión fiscal a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

9.5.5.4 El control fiscal es posterior y selectivo. El artículo 267 de la Carta define el control fiscal como una *función pública*, la cual vigila la gestión fiscal de la Administración. El inciso segundo del artículo citado, establece que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley.

El control posterior se refiere al análisis de resultados, es decir, recae sobre los actos ya cumplidos.

Con relación al artículo 267, la Corte Constitucional señaló que “(...) *lo que se denomina gestión fiscal, tiene por finalidad la protección del patrimonio de la Nación, tendiente a garantizar la correcta utilización de los recursos públicos, enmarcada desde luego, en los principios fijados en la Constitución y la Ley*”. Y más adelante señala

---

<sup>185</sup> TAFUR, Op. Cit., p. 189.

*“La Constitución de 1991, expresamente reconoce la función de control fiscal dotándola de un carácter público, como una actividad independiente y autónoma y, diferente a la que normalmente corresponde a las clásicas funciones del Estado, obedeciendo a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, (...) cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la Administración (...)”*<sup>186</sup>

En otro pronunciamiento la Corte Constitucional expresó que *“son fines esenciales del Estado de servir a la comunidad y promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal)”*<sup>187</sup>.

9.5.5.5 La Contraloría no ejerce control fiscal directo sobre los aportes de los particulares en las sociedades de economía mixta. La Corte Suprema de Justicia<sup>188</sup>, expresó que *“la supervigilancia fiscal de la Contraloría solo llega hasta el momento del aporte de la Nación a la sociedad de economía mixta, para reanudarse posteriormente sobre los dividendos o utilidades que pueda percibir la Nación en el ejercicio social por virtud de su aporte”*, de donde se desprende que los aportes de los accionistas particulares no pueden ser objeto de control fiscal directo, pero sí de la supervigilancia estatal correspondiente a su naturaleza y a las actividades que desarrolle la sociedad de que se trata.

**9.5.6 Control Jurisdiccional.** Algunos autores, incluyen como modalidad de control, el ejercido por la rama judicial del poder público, que recae sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades descentralizadas.<sup>189</sup> Dicho control

---

<sup>186</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-403 de junio 29 de 1999. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>187</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>188</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de abril de 1980. Magistrado Ponente: Dr. Gonzalo Vargas Rubiano.

<sup>189</sup> TAFUR, Op. Cit., p. 190.

busca constatar la legitimidad de las actuaciones de las empresas y de sus gestores.

### **9.5.7 Control Administrativo Especial<sup>190</sup>.**

9.5.7.1 Las superintendencias son las titulares el control administrativo especial. El control gubernamental especial, es ejercido por las superintendencias del ramo a la cual le corresponda la fiscalización de la sociedad de economía mixta respectiva. Se trata de un control administrativo ejercido indirectamente por las superintendencias<sup>191</sup>, bajo la vigilancia y responsabilidad del Presidente de la República.

9.5.7.2 Facultades de Inspección, Vigilancia y Control. La Constitución Política de 1991 otorgó al Presidente de la República la competencia para ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Asimismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles<sup>192</sup>. Estas facultades deberán ser ejercidas de manera gradual y progresiva.

De otro lado, la Carta faculta al Congreso, dentro de la cláusula general de competencia para que determine la estructura de las superintendencias, señalando sus objetivos y su estructura orgánica<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> En esta misma obra véase el Capítulo XVI "Utilidades de las sociedades de economía mixta".

<sup>191</sup> Las superintendencias, en términos generales, hacen parte de la Rama ejecutiva, según se colige del último inciso, del artículo 115 de la Carta. Son organismos intermedios entre un ministerio y un establecimiento público, ya que cuentan con la autonomía administrativa y financiera con relación al ministerio del cual dependen, pero no tienen la personería jurídica que caracteriza a los establecimientos públicos (artículo 70 Ley 489 de 1998). Las superintendencias son organismos adscritos a un ministerio, el cual es su superior jerárquico (artículo 66 Ley 489 de 1998).

<sup>192</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Numeral 24 del artículo 189.

<sup>193</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Numeral 7° del artículo 150.

9.5.7.3 Las facultades de inspección, vigilancia y control se delegan a las superintendencias. Dada la imposibilidad física del Presidente para ejercer personalmente estas facultades, se posibilita su delegación<sup>194</sup> a las superintendencias. Es por ello que las funciones de inspección, vigilancia y control, deben llevarse a cabo por las superintendencias encargadas, bajo la orientación del Presidente de la República, quien es el titular de las respectivas competencias<sup>195</sup>.

9.5.7.4 Niveles de fiscalización. Para efectos metodológicos, es necesario elaborar una aproximación a los distintos niveles de fiscalización con los que cuentan algunas superintendencias: la inspección, la vigilancia y el control. Todos ellos implican un contenido preciso de fiscalización y se limita al marco legal que la Ley establece.

**a) Nivel de Inspección.** la entidad cuenta con una facultad ocasional o episódica para recopilar información contable, jurídica, económica y administrativa de una sociedad. Este nivel de fiscalización es débil, precisamente porque sólo se limita a indagar cierta información de la sociedad.<sup>196</sup>

**b) Nivel de Vigilancia.** Este grado de fiscalización permite que la superintendencia verifique que la sociedad en su funcionamiento y conformación se ajuste a la Ley y a los estatutos. Por ello es de carácter permanente y tiene un alcance jurídico. A través de la facultad de vigilancia, se lleva a cabo un seguimiento a los actos y operaciones de las empresas, con el objeto de ejercer una labor preventiva y sancionadora, cuando a ello hubiere lugar, por detectarse que existen o que

---

<sup>194</sup> El artículo 211 de la Carta, señala que “la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual responderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”.

<sup>195</sup> LOPEZ Vargas, Angela Consuelo. Monografía: la Inspección, Vigilancia y Control del Estado a las sociedades mercantiles a través de la Superintendencia de Sociedades. Bogotá: publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, 1999. p. 8.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 31.

pueden llegarse a presentar problemas de índole económica, jurídica o administrativa.

**c) Nivel de Control.** Es el nivel de fiscalización más fuerte, ya que a través del control se pueden ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo. Es la máxima expresión de las facultades de fiscalización del Estado.

En el punto que sigue a continuación, observaremos concretamente cómo se lleva a cabo la inspección, vigilancia y control por la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Valores y la Superintendencia de Sociedades.

9.5.7.5 Superintendencia Bancaria<sup>197</sup>. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividad financiera y aseguradora, para lo cual debe cumplir los objetivos previstos en el artículo 325 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del sistema Financiero, en adelante EOSF)<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> En esta misma obra véase numeral 17.5.4.1 “Funciones de la Superintendencia Bancaria dentro del proceso de capitalización”.

<sup>198</sup> “a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones; “b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario; “c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada presentación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia; “d) Evitar que las personas no autorizadas conforme a la ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas; “e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe; “f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito; “g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se dé la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República; “h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con



En relación con las facultades y atribuciones especiales con que esta investida y para efecto de lograr los objetivos señalados en la norma indicada, cabe destacar que la Superintendencia Bancaria cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones, según lo dispone las diferentes normas del EOSF a saber: en materia de constitución y funcionamiento de las entidades vigiladas: artículos, 53 a 117; en cuanto a sanciones: artículos 208 a 212; sobre la toma de posesión y procedimiento de liquidación forzosa administrativa: artículos 290 a 302 y en general a las distintas atribuciones con las que cuenta para ejercer la inspección y vigilancia así como los órganos y funcionarios competentes para el efecto: artículos 326 a 337.

**a) Entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.** Con respecto a cuáles son las entidades vigiladas por esta Superintendencia el numeral 2º del artículo 325 del EOSF dispone textualmente:

*(...)*

***“2. Entidades vigiladas.*** *Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:*

*“a) Modificado por el Decreto 1284 de 1994, Artículo 2o.- Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2o. del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., -Findeter-, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que puedan asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo,*

---

*sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial, i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas”.*

*corredores de seguro y de reaseguros y agencias colocadoras de seguro cuando a ello hubiere lugar.*

*“b) Oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior;*

*“c) El Banco de la República;*

*“d) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;*

*“e) El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE;*

*“f) Las casas de cambio, y*

*“g) Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la Ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.*

*“Parágrafo.— Podrán ser sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, a criterio de ésta, las sociedades que administren el sistema de tarjetas de crédito, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial”.*

**b) Vigilancia de las sociedades de economía mixta.** La Superintendencia Bancaria tiene como función primordial, velar por el buen funcionamiento del sistema financiero, en el que se movilizan recursos de capital (por medio de operaciones de captación y de colocación de activos líquidos) y se trasladan a personas que tiene la capacidad de devolverlos en un término de tiempo determinado. Por la importancia de este sector, y sin consideración al tipo societario, es que interviene el Gobierno, a través de la Superintendencia Bancaria. Precisamente por ello la Ley no exige la condición de sociedad de economía mixta para que una entidad sea vigilada por la Superintendencia Bancaria, sin que ello sea óbice para que alguna de las instituciones vigiladas (por ejemplo un Banco como Bancafé) ostente concomitantemente dicha naturaleza societaria en virtud de tener el Estado participación accionaria en su capital social.

En este sentido habrá de determinarse para cada caso, cuáles de las instituciones vigiladas se tipifican también como sociedades de economía mixta.

**c) Sociedades con aportes estatales vigiladas por la Superintendencia Bancaria.** En la tabla 4 se enuncia un listado de las entidades vigiladas, con corte a 31 de diciembre de 2001, en el que se discrimina para cada una de ellas el porcentaje de capital que es de origen estatal, cuál proviene de inversionistas

privados y cuál es originario de capital extranjero:<sup>199</sup>

**Tabla 4. Sociedades con capital estatal vigiladas por la Superintendencia Bancaria**

Entidad	Capital Estatal	Capital Extranjero	Capital Privado	Total General
Banco Popular	14.47%		81.26%	95.73%
Bancafe *	100%			100%
Banestado	99.99%			99.99%
Davivienda**	1.81%	1.25%	90.97%	94.03%
Banco Agrario	100%			100%
BancoAliadas SA**	2.62%		97.38%	100%
Corficafé	65.34%		30.95%	96.29%
Coorp fin del Valle	2.74%	10.69%	69.10%	82.53%
IFI *	99.98%			99.98%
Finamerica	53.75%	35.17%	9.25%	98.17%
Leasing popular	2.48%		97.52%	100%
IFI leasing *	99.86%			99.86%
Financiera Fes	92.59%		7.03%	99.62%
Dann regional**	2.95%		70.86%	73.81%
Previsora *	99.99%			99.99%
Granfifuciaría	89.99%		4.49%	94.48%
Fiducafé	94.95%		4.72%	99.67%
Fidufes	75.08%		99.99%	175.07%
Fiduagraria	99.74%			99.74%
Fiduestado	94.69%		5.27%	99.96%
Fiducoldex *	89.11%		5.59%	94.70%
Fiduifi	84.36%		14.78%	99.14%
Almagrario *	64.62%		35.38%	100%
Coopcentral	37.12%		3.31%	40.43%
Central de seguros	81.03%		13.28%	94.31%
Previsora *	99.47%			99.47%
Segurexpo de Cbia	47.87%	47.87%		95.74%
Previsora Vida *	94.96%		4.08%	99.04%
Central de seguros**	5.75%		94.25%	100%
Central hipotecario	1.00%			1.00%
Bancomex	99.71%			99.71%
Fin. Energética	96.78%			96.78%
FINAGRO *	89.51%		10.49%	100%
Fonade	100%			100%
BBVA horizonte**	19.67%	80.27%		99.94%

<sup>199</sup> Información suministrada por la Superintendencia Bancaria con referencia No. 2002012352-0.

#### 9.5.7.6 Superintendencia de Valores<sup>200</sup>

**a) Control ejercido por la Superintendencia de Valores.** En términos generales la Superintendencia de Valores ejerce control sobre los denominados emisores de valores, es decir, sobre aquellas entidades que tengan valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Dicha inscripción procede cuando los valores van a ser colocados mediante oferta pública o cuando los mismos se van a negociar en la bolsa de valores.

**b) Facultad de control.** Por control se entiende la facultad con que cuenta la Superintendencia de Valores para velar por la calidad, oportunidad y suficiencia con que los emisores de valores deben suministrar y presentar su información al público y porque quienes participen en el mercado público de valores ajusten sus operaciones a las normas que lo regulan.

**c) Control a las sociedades de economía mixta por la Superintendencia de Valores.** La Superintendencia de Valores ejercerá control, en los términos señalados en el párrafo precedente, sobre las sociedades de economía mixta en tanto y en cuanto estas sociedades sean emisoras de valores.

En desarrollo de la facultad de control que ejerce esta Entidad sobre los emisores de valores, tal como se expresó anteriormente, la Superintendencia de Valores velará por la calidad, oportunidad y suficiencia con que aquellos deben suministrar y presentar su información al público y porque quienes participen en el mercado ajusten sus operaciones a las normas que lo regulan.

**d) Sanciones interpuestas por la Superintendencia de Valores a las sociedades de economía mixta.** A algunas sociedades de economía mixta les han impuesto sanciones pecuniarias por no suministrar información en términos de

---

<sup>200</sup>En esta misma obra véase numeral 17.5.4.4. "Funciones de la Superintendencia de Valores dentro del proceso de capitalización".

calidad, oportunidad y suficiencia, o por incumplir con las normas que rigen el mercado público de valores.

Tales entidades las hemos incluido en la tabla 5.<sup>201</sup>

**Tabla 5. Sociedades de economía mixta sancionadas por la Superintendencia de Valores**

<b>Multas</b>	<b>Entidad</b>	<b>Valor</b>	<b>Resolución</b>
División de ofertas públicas	Fondo Ganadero de Risaralda	\$500.000	652 18-07-94
División de ofertas pública	Corporación Financiera de C/marca	\$1.000.000	909 9-10-95
Multas por información financiera de fin de ejercicio	Cia. Central de Carga (en concordato)	\$1.000.000	ND <sup>202</sup> 1994
Multas por información financiera de fin de ejercicio	Corporación financiera de C/marca	\$1.00.000	ND 1994
Multas por información financiera de fin de ejercicio	Fondo Ganadero de Caldas	\$1.000.000	ND 1994
Multas por información financiera trimestral	Complejo Agroindustrial del Tolima	\$500.000	ND 1994
División registro nacional de valores e intermediarios	Fondo Ganadero de Caldas	\$1.000.000	ND 1995
División registro nacional de valores e intermediarios	Compañía central de cargas	\$1.000.000	ND 1995
División registro nacional de valores e intermediarios	Corporación Financiera de C/marca	\$1.000.000	ND 1995
División registro nacional de valores e intermediarios	Fondo Ganadero de Córdoba	\$1.000.000	ND 1995

**e) La Superintendencia de Valores ejerce un control objetivo y subjetivo.**

Cabe advertir que el control ejercido por la Superintendencia de Valores sobre los emisores es esencialmente un control de carácter objetivo, el cual difiere sustancialmente de la función de inspección y vigilancia cuya finalidad es velar porque la organización y funcionamiento de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia (bolsas de valores, comisionistas de bolsa, comisionistas independientes de valores y sociedades calificadoras de valores, entre otras) se ajusten a las normas legales que las rigen.

<sup>201</sup> Información suministrada por la Superintendencia de Valores, referencia 20023-213.

<sup>202</sup> No disponible.

Dicho en otro giro, la Superintendencia de Valores ejerce un control subjetivo sobre las entidades sometidas a su inspección y vigilancia y un control objetivo sobre los emisores de valores, control que se predica respecto de la calidad, oportunidad y suficiencia de la información que suministren al público y respecto de las operaciones que se realicen en el mercado de valores, las cuales deberán ajustarse a las normas que lo regulan.

Las facultades que sobre los emisores de valores ejerce la Superintendencia de Valores se encuentran contenidas en los Decretos 2739 de 1991, 1608 y 1609 del 23 de agosto de 2000.

**f) Sociedades de economía mixta emisoras de valores.** Anexamos a continuación de este capítulo el listado de las sociedades de economía mixta que han sido o son emisoras de valores por haber tenido o tener títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.<sup>203</sup>

En la tabla 6 se suministra el nombre de la sociedad, se establece si la sociedad se encuentra actualmente inscrita en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o si ha sido cancelada, número de identificación tributaria (N.I.T.), domicilio de la sociedad (ciudad y departamento) y su situación legal, esto es, si la sociedad se encuentra en estado de liquidación o no.

Se observa que treinta y tres sociedades de economía mixta son emisoras de títulos en la actualidad, lo que representa el 48.5% del total. Treinta y cinco sociedades han cancelado su inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, es decir el 51% del total. La mayoría de estas empresas están domiciliadas en Bogotá D.C.

---

<sup>203</sup> Información suministrada por la Superintendencia de Valores, referencia No. 20023-213.

**Tabla 6. Sociedades de economía mixta emisoras de valores**

NOMBRE DE LA ENTIDAD	INSCRIPCION	NIT	DOMICILIO	SITUACION LEGAL
AGROGANADERA DEL VALLE DEL CAUCA S.A.	CANCELADA	8903013930	CALI	NORMAL
AGUAS DE CARTAGENA S.A.E.S.P.	CANCELADA	8002523964	CARTAGENA	NORMAL
BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.	VIGENTE	8000378008	BOGOTA D.C.	NORMAL
BANCO CAFETERO - BANCAFE	VIGENTE	8600029621	BOGOTA D.C.	NORMAL
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACION - SINT	VIGENTE	8600029637	BOGOTA D.C.	LIQUIDACION
BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA	VIGENTE	8001499236	BOGOTA D.C.	NORMAL
BANCO DEL ESTADO	CANCELADA	8915000159	BOGOTA D.C.	NORMAL
BANCO GRANAHORRAR	VIGENTE	8600341338	BOGOTA D.C.	NORMAL
BANCO POPULAR S.A.	VIGENTE	8600077389	BOGOTA D.C.	NORMAL
CAJA DE CREDITO AGRARIO IND. Y MINERO - EN LIQUIDACION	CANCELADA	8999990475	BOGOTA D.C.	LIQUIDACION
CENTRAL DE ABASTOS DE BUCARAMANGA S.A.	CANCELADA	8902083958	BUCARAMANGA	NORMAL
CENTRAL DE ABASTOS DE BUCARAMANGA S.A.	VIGENTE	8902083958	BUCARAMANGA	NORMAL
CENTRAL DE ABASTOS DEL SUR S.A.	CANCELADA	800096271	NEIVA	NORMAL
CENTRAL HIDROELECTRICA DE BETANIA S.A. E.S.P.	CANCELADA	860063875	NEIVA	NORMAL
CENTRO AGROINDUSTRIAL Y DE EXPOSICIONES DEL HUILA S.A.	CANCELADA	891104681	NEIVA	NORMAL
CERRO MATOSO S.A.	CANCELADA	860069378	BOGOTA D.C.	NORMAL
COMPAÑIA CENTRAL DE CARGAS. A. - EN CONCORDATO	VIGENTE	8903167068	YUMBO	CONCORDATO
COMPLEJO AGROINDUSTRIAL DEL TOLIMA S.A.- EN LIQUIDACION	CANCELADA	8907035624	ESPINAL	LIQUIDACION
CORFIESTADO S.A. CORPORACION FINANCIERA	CANCELADA	890000610	BOGOTA D.C.	NORMAL
CORP. FIN. DE CUNDINAMARCA S.A. -EN LIQUIDACION	CANCELADA	8600418800	BOGOTA D.C.	LIQUIDACION
CORP. FIN. DE DESARROLLO S.A.- EN LIQUIDACION	CANCELADA	8600204349	BOGOTA D.C.	LIQUIDACION
CORP. GRANCOLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA S.A.	CANCELADA	8600341338	BOGOTA D.C.	NORMAL
EDATEL S.A. E.S.P.	CANCELADA	8909050652	MEDELLIN	NORMAL
EDATEL S.A. E.S.P.	VIGENTE	8909050652	MEDELLIN	NORMAL
EMPRESA CAFETERA CELULAR S.A.	CANCELADA	8001539066	ARMENIA	NORMAL
EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. E.S.P.	CANCELADA	8002498601	CALI	NORMAL
EMPRESA DE FOSFATOS DEL HUILA S.A.	CANCELADA	8911011639	NEIVA	NORMAL
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE ARMENIA S.A.	CANCELADA	8900026631	ARMENIA	NORMAL
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL HUILA S.A.	CANCELADA	891100055	NEIVA	NORMAL
EMPRESA ELECTRICA DEL ORIENTE E.S.P.	CANCELADA	8040011783	BUCARAMANGA	NORMAL
ESTACION TERM.DE DIST. DE PROD. DE PETR. B/MANGA	VIGENTE	8902016746	BUCARAMANGA	NORMAL
FDO GANADERO DEL NORTE DE SANTANDER S.A.	CANCELADA	8905004387	CUCUTA	NORMAL
FDO GANADERO DE ANTIOQUIA S.A.	CANCELADA	890980048	MEDELLIN	NORMAL
FDO GANADERO DE ARAUCA S.A.	CANCELADA	8920004292	ARAUCA	NORMAL
FDO GANADERO DE BOYACA S.A.	VIGENTE	8918000765	TUNJA	NORMAL

NOMBRE DE LA ENTIDAD	INSCRIPCION	NIT	DOMICILIO	SITUACION LEGAL
FDO GANADERO DE CORDOBA S.A.	VIGENTE	8910800005	MONTERIA	NORMAL
FDO GANADERO DE RISARALDA S.A.	CANCELADA	8914001506	PEREIRA	NORMAL
FDO GANADERO DEL ATLÁNTICO S.A.	VIGENTE	8901006283	BARRANQUILLA	NORMAL
FDO GANADERO DEL CAQUETÁ S.A.	VIGENTE	8911001286	FLORENCIA	NORMAL
FDO GANADERO DEL CENTRO S.A.	VIGENTE	8908003078	MANIZALES	NORMAL
FDO GANADERO DEL CESAR S.A.	VIGENTE	8923000147	VALLEDUPAR	NORMAL
FDO GANADERO DEL HUILA S.A.	VIGENTE	8911001293	NEIVA	NORMAL
FDO GANADERO DEL META S.A.	VIGENTE	8920002241	VILLAVICENCIO	NORMAL
FDO GANADERO DEL QUINDIO S.A.	VIGENTE	8900005301	ARMENIA	NORMAL
FDO GANADERO DEL TOLIMA S.A.	VIGENTE	8907002561	IBAGUE	NORMAL
FDO GANADERO DEL VALLE DEL CAUCA S.A.	CANCELADA	8903013930	CALI	NORMAL
FDO PARA EL FIN.DEL SECTOR AGROPECUARIO	VIGENTE	8001163987	BOGOTA D.C.	NORMAL
FIN. DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A.	VIGENTE	8000963291	BOGOTA D.C.	NORMAL
FIN. ENERGETICA NACIONAL	VIGENTE	8605090229	BOGOTA D.C.	NORMAL
FINANCIERA FES S.A. CIA. FIN. CIAL.	CANCELADA	8300117883	CALI	NORMAL
FONDO GAN. DE NARIÑO S.A.	CANCELADA	891200063	PASTO	NORMAL
FONDO GANADERO DE CUNDINAMARCA S.A.	VIGENTE	8600204048	PUERTO SALGAR	NORMAL
FONDO GANADERO DEL CAUCA S.A.	VIGENTE	8915000750	POPAYAN	NORMAL
FONDO GANADERO DEL MAGDALENA S.A.	VIGENTE	8917800030	SANTA MARTA	NORMAL
GRAN CENTRAL DE ABASTOS DEL CARIBE S.A.	CANCELADA	890115085	BARRANQUILLA	NORMAL
HOTEL DE PEREIRA S.A.	CANCELADA	8914088484	PEREIRA	NORMAL
IFI LEASING S.A.CIA. FIN. CIAL.	VIGENTE	8002253859	BOGOTA D.C.	NORMAL
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL	VIGENTE	8999990887	BOGOTA D.C.	NORMAL
INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P.	VIGENTE	8600166103	MEDELLIN	NORMAL
METROTEL REDES S.A.	CANCELADA	8002293936	BARRANQUILLA	NORMAL
PLANTA TERM. DE DIST. DE PETR. ANTIOQUIA S.A.	VIGENTE	8909123093	MEDELLIN	NORMAL
PROMOTORA DE GASES DEL SUR S.A.	CANCELADA	8001701180	NEIVA	NORMAL
SOC. COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO S.A.	CANCELADA	800137710	BOGOTA D.C.	NORMAL
TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P.	CANCELADA	9999999938	CARTAGENA	NORMAL
TERMOTASAJERO S.A. E.S.P.	CANCELADA	9999999937	CUCUTA	NORMAL
TERPEL SUR S.A.	VIGENTE	8911028773	NEIVA	NORMAL
TRANSPORTADORA DE METANO E.S.P. S.A.	VIGENTE	8002153476	ENVIGADO	NORMAL

#### 9.5.7.7. Superintendencia de Sociedades<sup>204</sup>

**a) Naturaleza de la Superintendencia de Sociedades.** Las normas que regulan la estructura y funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades son el Decreto 1080 de 1996, 3130 de 1997, y la Ley 222 de 1995<sup>205</sup>, que en su parte

<sup>204</sup> En esta misma obra véase numeral 17.5.4.3. “Funciones de la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de capitalización”.

<sup>205</sup> En esta misma obra véase el Capítulo V



pertinente se refiere a las facultades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, la cual es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la *inspección, control y vigilancia* de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la Ley en relación con otras personas jurídicas o naturales.<sup>206</sup>

**b) Funciones generales de la Superintendencia de Sociedades contenidas en el Decreto 1080 de 1996.** Entre las funciones generales de este organismo, consagradas en el artículo 2° del Decreto 1080 de 1996 encontramos las siguientes:

1. La posibilidad de solicitar, confirmar y analizar la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica o administrativa de cualquier sociedad que no se encuentre sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o sobre operaciones específicas de la misma.
2. Velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias se ajusten a la Ley y a los estatutos sociales tanto en su formación, funcionamiento, así como en el desarrollo de su objeto social.
3. Esta entidad podrá ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo.
4. También se incluye la facultad de someter a la vigilancia de la entidad a las sociedades no vigiladas por otra Superintendencia, cuando se presenten las irregularidades previstas en el artículo 12 del Decreto 1080 de 1996, letras a, b, c y d.

---

<sup>206</sup> Decreto 1080 de 1996, Artículo 1°

**c) Sociedades Vigiladas por la Superintendencia de Sociedades según las disposiciones del Decreto 3100 de 1997.** Por su parte el Decreto 3100 de 1997 determina las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades. En los términos del artículo 1° del Decreto 3100, quedarán sometidas a la vigilancia de esta entidad todas aquellas sociedades mercantiles que a 31 de diciembre de 1997, o al cierre de ejercicios sociales posteriores, o en los estados financieros de períodos intermedios que les solicite la Superintendencia de Sociedades, registren:

*(...) a). Un total de activos igual o superior al equivalente de veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales;*

*b). Ingresos totales iguales o superiores al valor de veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales;*

*c). Un total de activos iguales o superiores al equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales, siempre que una o más sociedades vigiladas por cualquier superintendencia o entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control gubernamental posean en ellas, individualmente o conjuntamente, una participación del 20% o más de su capital social;*

*d). Ingresos totales iguales o superiores al equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales, siempre que una o más sociedades vigiladas por cualquier superintendencia o entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control gubernamental posean en ellas, individualmente o conjuntamente, una participación del 20% o más de su capital social. (...).*

De igual manera son objeto de vigilancia por este organismo, las compañías señaladas por el Superintendente por acto administrativo particular, cuando el análisis de la información jurídica, contable, económica y administrativa de la sociedad o con ocasión de cualquier investigación administrativa, se establezca que la sociedad presenta ciertas irregularidades, señaladas expresamente en el artículo 3° del Decreto 3100, a saber:

*(...) a) Abusos de su órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;*

*b). Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;*

*c). No llevar la contabilidad de acuerdo con la Ley o con los principios de contabilidad generalmente aceptados;*

*d). Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social. (...)*

El resto del articulado, se encarga de definir criterios especiales de vigilancia.<sup>207</sup>

**d) Funciones de inspección, vigilancia y control ejercidas por la Superintendencia de Sociedades.** Los artículos 82 y subsiguientes de la Ley 222 de 1995 definen de manera precisa, en qué consisten las facultades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, así como las causales para ejercer dichas facultades.

*“(...) ARTÍCULO 82. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.*

*El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.*

*También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la Ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión Colombiana en el exterior y endeudamiento externo.*

**ARTÍCULO 83. INSPECCION.**

*La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.*

**ARTÍCULO 84. VIGILANCIA.**

*La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de*

---

<sup>207</sup> Para ampliar véase artículos 4 al 13 del Decreto 3100 de 1997.

*Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la Ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.*

*Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:*

*a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.*

*b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad.*

*c. No llevar contabilidad de acuerdo con la Ley o con los principios contables generalmente aceptados.*

*d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.*

*Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:*

*1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.*

*2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la Ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.*

*3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.*

*4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.*

*5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la Ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.*

*6. Designar al liquidador en los casos previstos por la Ley.*

*7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.*

*8. Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la Ley.*

*9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.*

10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la Ley.

11. Ordenar la inscripción de acciones en el Libro de Registro correspondiente, cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal.

#### ARTÍCULO 85. CONTROL

El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.
2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.
3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la Ley y al reglamento correspondiente.
4. Ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.
5. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la Ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.
6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.
7. Convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal.
8. Aprobar el avalúo de los aportes en especie.

PARAGRAFO. Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario.

Jurisprudencia : Arts. 85 numeral 7°, control, 93, recursos, 129 (parcial), audiencia preliminar, 140, improbación del acuerdo concordatario, 149 sujetos legitimados para solicitar liquidación obligatoria y 150, numeral 1°, apertura liquidación obligatoria, EXEQUIBLES (Corte Constitucional sentencia C-233 de mayo 15).

**e) Inspección, vigilancia y control ejercido por la Superintendencia de Sociedades a las sociedades de economía mixta.** De las normas anteriormente transcritas, se colige que para que la Superintendencia de Sociedades ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control sobre una sociedad, se deben tener en cuenta los criterios para el ejercicio de estas funciones, sin importar para nada el tipo social que ostente la entidad. Es decir, el legislador no exigió que la sociedad sea de *economía mixta* para que se encuentre vigilada, controlada o inspeccionada por la Superintendencia de Sociedades. Para que pueda predicarse tal circunstancia, es necesario que se encuentre incurso en una de las causales previstas en el Decreto 3100 de 1997 o en la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de evaluar, en cada caso particular, la Ley que autoriza la creación de la entidad descentralizada donde se determina la naturaleza y el régimen jurídico, y su congruencia con las competencias de la Superintendencia de Sociedades.

**f) Sociedades con participación estatal fiscalizadas por la Superintendencia de Sociedades.** A continuación se anexa un listado (cuadro No. 7) suministrado por la Superintendencia de Sociedades<sup>208</sup> en donde figura la relación de sociedades con participación estatal con el estado en que se encuentran, esto es, si están inspeccionadas, vigiladas, controladas o exentas de fiscalización; también aparece su actual situación, esto es si se encuentran activas, en estado de liquidación o en acuerdo de reestructuración.

En la tabla 7 encontramos que 97 sociedades se encuentran sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, esto representa el 74.6% del total. Tan solo 2 sociedades están controladas, cifra que nos muestra el 1.53% del total general; 23 inspeccionadas, cifra que representa el 17.7%; y 8 sociedades, que componen el 6.17% del total, están exentas de fiscalización de este organismo gubernamental.

---

<sup>208</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio Número 220-19436 de abril 23 de 2002.

También observamos que 108 sociedades, es decir el 83% se encuentran activas; el 5.39% vigiladas; el 4.691% en estado de liquidación; 3.84% en reestructuración; y 0.78% están sometidas a vigilancia especial por parte de la Superintendencia de Sociedades.

**Tabla 7. Sociedades con participacion estatal fiscalizadas por la superintendencia de sociedades**

Razon Social	Estado	Fecha	Situación	Fecha	%Privado	%Publico
ACH Colombia SA	Inspección	03/11/00	Activa	03/11/00	10.75	89.25
Agricola Palace SA en acuerdo de reestruct.	Vigilada	31/12/97	Reestuctu.	30/03/01	93.26	0.1
Agroquímica Colombiana de Caldas SA	Vigilada	01/04/99	Activa	01/04/99	24	41.65
Agrozulia SA en liquidación	Inspección	01/10/86	Liquidación	10/08/01	51.37	33.9
Artesanías de Colombia	Vigilada	03/04/95	Activa	10/02/01	94.79	0.21
Bella Cruz del Oriente SA	Vigilada	05/03/00	Activa	15/07/99	86.46	0.62
Bolsa Nacional Agropecuaria SA	Vigilada	01/09/94	Activa	01/09/94	38.05	59.62
Bosques del Quindío SA	Inspeccion	03/01/00	Activa	13/09/94	35.43	64.57
Cadena SA Cia de Artes Graficas	Vigilancia	01/04/98	Activa	01/04/98	12.91	87.09
Cales y Derivados de la Sierra SA	Vigilada	03/04/00	Activa	03/04/00	16.16	83.84
Carbones de Boyaca SA	Vigilancia	01/09/86	Activa	01/09/86	39.79	60.21
Carnes y Derivados de Occidente SA	Vigilada	15/12/94	Activa	15/12/94	7.86	92.14
Cementos de Caldas SA	Vigilancia	08/09/94	Activa	08/09/94	0.34	40.09
Cementos Diamante SA	Vigilada	21/11/00	Activa	21/11/00	0.01	39.99
Central de Abastos de Cucuta SA	Vigilancia	05/03/00	Concordato	01/07/84	97.43	2.57
Central de Abastos del Sur SA	Vigilada	19/03/97	Reestuctu.	14/02/02	76.81	23.19
Central de Sacrificio Manzales SA	Vigilancia	01/01/95	Activa	01/01/95	40	60
Central de Transportes de Tulua SA	Vigilancia	04/04/94	Activa	04/04/94	58.92	43.08
Central Lechera de Pereira SA	Vigilancia	25/09/92	Activa	25/09/92	0.05	99.95
Centrales de Transporte SA	Vigilada	22/06/94	Activa	22/06/94	55.18	44.82
Centro Agroindustrial y de Exposiciones de Huila	Vigilancia	27/03/97	Activa	27/03/97	34.29	66.71
Centro Comercial y Hotel de Turismo de Caicedonia	Inspección	31/12/00	Activa	31/12/00	90.2	9.8
Centro de Diagnostico Automotor de Caldas	Inspección	31/12/00	Activa	31/12/00	76.98	23.02
Centro de Diagnostico Automotor del Valle	Inspección	04/04/94	Activa	04/04/94	97.62	2.38
Centro de Exposiciones y Ferias del Pacifico SA	Vigilada	01/01/98	Activa	01/01/98	69.97	30.03
Centro de Ferias de Bucaramanga	Vigilada	01/04/99	Reestuctu.	29/11/00	38.43	61.57
Centro de Ferias y Exposiciones SA	Vigilada	31/12/00	Activa	31/12/00	10.14	89.86
Centro Internacional de Exposiciones de Cucuta	Inspeccion	01/04/99	Activa	01/04/99	35.02	64.98
Centro Internacional de Exposiciones de Pereira	Vigilada	03/04/96	Activa	03/04/96	62.49	37.51
Cesvi Colombia SA	Vigilada	26/11/97	Activa	26/11/97	3.64	32.41

Razon Social	Estado	Fecha	Situación	Fecha	%Privado	%Publico
Cia de Ferias y Mataderos de Caquetá SA	Vigilancia	23/12/94	Activa	23/12/94	45.9	54.1
Cia Editorial Electronica Cekit SA en restruc.	Vigilancia	01/04/99	Reestructuración	28/08/00	14.19	85.81
Cia Hotelera Cartagena de Indias SA	Vigilada	11/05/00	Activa	11/05/00	0.52	99.48
Cia Servicios de Valor Agregado y Telematemáticos	Vigilada	01/04/97	Activa	01/04/97	88.16	11.84
Cipreses de Colombia SA	Vigilancia	01/08/63	Activa	01/08/63	0.03	99.97
Cítricos de Colombia SA	Vigilada	09/08/94	Activa	09/08/94	0.03	85.41
Club de Cazadores SA	Inspección	18/11/98	Activa	18/11/98	0.17	99.83
Cokosilk SA en acuerdo de reestructuración	Vigilada	05/04/99	Reestuctu.	21/11/00	71.3	12.54
Comercializadora de Antracita de Santander	Vigilada	01/07/94	Activa	01/07/94	15.32	84.68
Comercializadora de Bienes y Valores de Santander	Vigilada	02/04/01	Liquidacion	18/01/02	1.07	98.93
Complejo Turístico de Espinal SA	Inspeccion	01/03/86	Activa	07/09/00	22.98	77.02
Comunicación Celular Comcel SA	Vigilada	31/12/00	Activa	31/12/00	29.31	10.71
Concesionaria del Magdalena Medio SA	Exenta	02/04/02	Vigilada	02/04/02	22.25	46.39
Corabastos	Vigilada	01/05/72	Activa	01/05/72	52.04	47.96
Corporación de Abastecimientos del Valle SA	Vigilada	01/05/71	Activa	01/05/71	69.77	30.23
Corporación de Transportadores Nariñenses	Vigilancia	01/04/98	Activa	01/04/98	18	99.82
Corporación Forestal de Tolima SA	Vigilancia	31/12/95	Activa	31/12/95	39.17	60.83
Empaques de Cauca SA	Vigilancia	09/08/94	Activa	09/08/94	23.43	76.57
Empresa Colombiana de Productos Veterinarios SA	Vigilancia	01/02/75	Activa	01/02/75	81.95	18.05
Empresa Colombiana Pesquera de Tolú SA	Vigilada	25/04/94	Activa	25/04/94	66.63	33.37
Empresa de Desarrollo Urbano de Bquilla	Vigilada	01/04/95	Activa	01/04/95	66.85	33.15
Empresa de Fosfatos de Boyaca SA	Vigilancia	31/12/00	Activa	31/12/00	29.91	70.09
Empresa de Fosfatos de Norte de Santander	Vigilancia	19/04/95	Activa	19/04/95	64.78	35.22
Empresa de Fosfatos del Huila SA	Inspeccion	10/02/01	Activa	10/02/01	13.68	86.32
Empresa Regional de Comunicaciones Celulares Costa Atlantica	Vigilada	17/12/92	Activa	17/12/92	7.3	0.46
Eutelco SA	Vigilada	01/04/97	Activa	01/04/97	99.32	0.68
EPM Television Limitada	Vigilancia	01/04/98	Activa	01/04/98	99	1
Etiquetas e Impresos SA	Inspección	26/03/98	Activa	26/03/98	14.13	85.87
Etsam Colombia en liquidación	Vigilada	03/04/00	Liquidación	03/04/00	1.37	94.47
Fabrica de Textiles del Tolima SA	Vigilada	05/03/97	Activa	05/03/97	18.2	81.8
Fertilizantes Colombianos SA Ferticol	Vigilada	01/04/68	Activa	01/04/68	92.22	7.78
Flamax LTDA	Inspeccion	20/05/94	Activa	20/05/94	40	60
Fondo Nacional de Garantias SA	Vigilada	01/07/85	Activa	01/07/85	99.99	0.01
Fricol SA	Vigilada	03/04/00	Activa	03/04/00	1.29	98.71
Frigonorte SA	Vigilada	03/04/95	Activa	03/04/95	5.72	94.28
Frigorífico Regional de las Sabanas de Sucre	Vigilada	30/11/99	Activa	30/11/99	17.4	82.6
General Motors Colmotores SA	Vigilada	01/08/98	Activa	01/08/98	99.9	0.1
Gran Central de Abastos del Caribe SA	Vigilada	05/03/97	Activa	05/03/97	65.13	34.87
Hilacol SA en concordato	Control	03/04/97	Concordato	13/03/99	0.18	99.82



Razon Social	Estado	Fecha	Situación	Fecha	%Privado	%Publico
Hotel Arhuaco SA	Inspección	02/04/01	Activa	02/04/01	0.63	99.37
Hotel de Pereira SA	Vigilancia	15/06/99	Activa	15/06/99	1.63	99.17
Hotel de Turismo de Guadalajara SA	Vigilancia	01/05/46	Activa	01/05/46	60.61	39.39
Hotel San Diego SA	Vigilada	27/07/94	Activa	27/07/94	99.97	0.03
Hoteles Estelar SA	Vigilada	03/04/00	Activa	03/04/00	6.99	89.84
Impresora Colombiana SA	Inspección	18/11/98	Activa	18/11/98	8.5	91.5
Industria Colombiana de Artefactos SA Icasa	Vigilada	03/05/00	Concordato	24/07/91	0.78	74.29
Industrias Colombo Andina Inca SA	Vigilada	25/11/97	Activa	25/11/97	10.8	89.2
Industrias Kapitól SA	Vigilada	01/04/96	Activa	01/04/96	0.25	99.75
Informacion y Tecnologia SA	Vigilanda	12/08/97	Activa	12/08/97	35	65
Ingenio Providencia SA	Vigilancia	01/08/94	Activa	01/08/94	0.06	99.94
Ingenio Risaralda SA	Vigilancia	22/09/94	Activa	22/09/94	8.86	90.34
Instituto de Alta Tecnologia Medica Antioquia	Inspección	03/04/95	Vigilada	03/04/95	5.58	94.42
Inversiones de Gases de Colombia SA	Control	12/08/97	Activa	12/08/97	31.76	48.12
Inversora Hotelera Colombiana SA	Vigilada	01/11/72	Activa	01/11/72	0.63	99.37
Mercadeo de Risaralda SA en liquidación	Vigilancia	01/04/93	Liquidación	20/12/01	92.17	7.83
Metalúrgica Construcel Colombia SA	Vigilada	01/04/97	Activa	01/04/97	29.66	70.34
Metrotel Redes SA	Vigilada	01/04/98	Activa	01/04/98	47.17	28.43
Occidente y Caribe Celular SA	Vigilada	01/04/94	Activa	01/04/94	18.35	79.8
Oikos Títulos de Inversiones inmobiliarias	Vigilada	01/08/00	Activa	01/08/00	1.48	95.44
Oleoductos de Colombia	Vigilada	01/07/89	Activa	01/07/89	43.85	56.15
Plaza de Toros de Cali SA	Vigilada	01/04/98	Activa	01/04/98	36.68	63.32
Procesadora y Comercializadora de Alimentos	Vigilancia	05/06/95	Activa	05/06/95	5.91	94.09
Productora de Hilados y Tejidos Única SA	Vigilancia	01/07/99	Liquidación	05/12/01	0.62	99.18
Productora de Papeles SA Propal	Vigilada	01/12/57	Activa	01/12/57	25.33	74.67
Productos Alimenticios Mil Delicias SA	Inspección	18/11/98	Activa	18/11/98	92.06	7.94
Promoteles Medellín SA	Vigilancia	01/11/84	Activa	01/11/84	0.38	99.62
Promotora Cartagena SA	Inspeccion	18/11/98	Activa	18/11/98	41.91	58.09
Promotora Centro de Ferias de Manizales	Vigilada	31/12/00	Activa	31/12/00	70.61	29.39
Promotora de Empresas Agroexportadoras	Vigilada	11/04/98	Activa	11/04/98	30.7	65.15
Promotora de Inversiones de N Sder SIG	Inspección	01/04/96	Activa	01/04/96	0.16	99.84
Promotora de Proyectos	Vigilada	01/04/94	Activa	01/04/94	26.337	71.63
Promotora de Turismo del Valle LTDA	Inspección	30/05/94	Activa	30/05/94	66.69	33.31
Puerto de Mamonal SA	Exenta	20/12/01	Vigilancia Especial	20/12/01	84.81	15.16
Remolino SA	Vigilada	27/04/01	Activa	27/04/01	0.01	99.99
Sistema Satelital Andino Simón Bolívar EMA	Vigilada	19/12/97	Activa	19/12/97	9.44	9.94
Sociedad Central Ganadera	Vigilada	03/04/00	Activa	03/04/00	42.52	57.48
Sociedad Colombiana de Servicios Portuarios	Vigilancia	01/01/85	Activa	01/01/85	49	51
Sociedad Forestal Cafetera del Valle SA	Vigilada	01/03/76	Activa	01/03/76	3.65	96.35
Sociedad Hotelera de Caldas SA	Vigilancia	17/12/93	Activa	17/12/93	2.61	97.39
Sucrimiles SA	Vigilancia	01/05/72	Activa	01/05/72	19.63	30.37

Razon Social	Estado	Fecha	Situación	Fecha	%Privado	%Publico
Tanques y Equipos plásticos SA	Inspección	02/04/00	Activa	02/04/00	35.23	64.77
Tejares del Norte en liquidación	Vigilada	04/04/94	Liquidación	16/05/01	50	50
Teledifusión SA	Vigilada	02/04/01	Activa	02/04/01	25	34.06
Terminal de Transporte de Armenia SA	Exenta	13/12/01	Vigilada	13/12/01	46.79	53.21
Terminal de Transporte de Barranquilla SA	Vigilada	23/04/92	Activa	23/04/92	98.33	1.67
Terminal de Transporte de Cartagena SA	Inspeccion	27/04/99	Activa	27/04/99	42.72	57.28
Terminal de Transporte de Neiva SA	Inspeccion	27/09/96	Activa	27/09/96	88.98	11.02
Terminal de Transporte de Pereira SA	Exenta	13/12/01	Vigilada	13/12/01	67.9	32.1
Terminal de Transporte SA	Exenta	14/01/02	Activa	14/01/02	87.83	12.17
Terminal de Transportes de Bucaramanga SA	Vigilada	01/12/84	Activa	01/12/84	42.28	57.72
Terminal de Transportes de Girardot	Exenta	01/04/02	Vigilada	01/04/02	35.64	64.36
Terminal de Transportes de Ibaque SA	Exenta	19/02/02	Vigilada	19/02/02	69.63	30.37
Terminal de Transportes de Manizales SA	Exenta	13/12/01	Vigilada	13/12/01	86.65	11.35
Terminal de Transportes de Pasto	Vigilada	03/04/95	Activa	03/04/95	77.46	22.54
Terminal de Transportes de Popayan SA	Vigilancia	04/04/94	Activa	04/04/94	63.45	36.55
Terminal de Transportes de San Gil	Inspeccion	20/12/01	Activa	20/12/01	85.49	14.51
Terminales de Transporte de Medellin Sa	Vigilancia	01/04/82	Activa	01/04/82	96.62	1.38
Tesa M Colombia en liquidación	Vigilada	03/04/00	Activa	28/12/01	11.01	14.36
Unión de Bananeros de Urabá SA	Vigilancia	01/04/94	Activa	01/04/94	0.05	99.95
Vitrofarma SA	Vigilada	01/04/96	Activa	01/04/96	40	60

**9.5.8. Control Social de las Entidades de la Administración.** El Capítulo VIII de la Ley 489 de 1998 regula la manera como se llevará a cabo el control social de las entidades de la Administración Pública.

Asimismo, ordena todas las entidades que ostentan esa naturaleza, a que consulten y desarrollen su gestión basándose en los principios de *democracia participativa y democratización de la gestión pública*. El artículo 32 de la Ley citada, dispone que:

*“(...) podrán realizarse todas las actividades necesarias para involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:*

1. *Convocar a audiencias públicas.*
2. *Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana.*

3. *Difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos.*
4. *Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos.*
5. *Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan.*
6. *Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa(...)*".

Particularmente, el ejercicio del control social a las entidades de la Administración, se efectúa mediante la constitución de *veedurías ciudadanas*. La Administración debe permitir el acceso a la información a estas organizaciones, para la vigilancia de los asuntos que les encomienda la Ley y que no constituyan materia de reserva judicial o legal. Asimismo, las entidades que sean objeto de vigilancia, deben llevar un registro sistemático de sus observaciones y evaluar en forma oportuna y diligente los correctivos que surjan de sus recomendaciones, con el fin de hacer eficaz la acción de las mismas.

A pesar de estar previsto en la Ley este importante mecanismo de control, en la práctica no es común su uso. Preguntamos a varias sociedades de economía mixta en donde hicimos nuestro trabajo de campo, si hacían uso del control social previsto en la Ley 489, pero nada nos respondieron. Algunas contestaron que no empleaban este mecanismo.<sup>209</sup>

---

<sup>209</sup> Ver comentarios sobre los derechos de petición.

## **CAPITULO X**

### **10. EL DOMICILIO EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.**

El domicilio de una sociedad hace parte de los atributos de su personalidad, lo cual indica en primera instancia la trascendencia jurídica de éste por los efectos que genera y que serán explicados más adelante.

En una sociedad de economía mixta, este elemento constitutivo puede observarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, el hecho de que el Estado sea socio implica que la ubicación en un determinado lugar de una sociedad de éste tipo, es manifestación de la presencia de la Administración como expresión de su organización y estructura; y en segundo lugar, podría también entenderse como motor de desarrollo empresarial en los lugares donde se establecen.

Las dos hipótesis anteriores generan a su paso dudas que intentarán resolverse a lo largo de éste capítulo: ¿Realmente son las sociedades de economía mixta representantes del Estado, o su participación en ellas es una realidad sin trascendencia?, ¿Puede llegar a ser una sociedad de economía mixta motor empresarial, cuando el Estado ha demostrado a través de la historia que no es un buen empresario?, ¿Podrían llegar a ser las sociedades de economía mixta un instrumento de la política de Estado?, ¿Son las sociedades de economía mixta una forma de hacer patria?.

Con el objeto de resolver los interrogantes planteados se desarrollará el tema del domicilio desde dos perspectivas; la primera relacionada con los aspectos jurídicos de este tema; la segunda enfocada a resaltar los aspectos relativos al domicilio de una sociedad de economía mixta como medio de intervención del Estado en la economía con miras al desarrollo de país, lo cual se planteará a partir de una visión empresarial.

## 10.1 EL DOMICILIO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE UNA SOCIEDAD

**10.1.1 Trascendencia jurídica del domicilio.** Al constituirse legalmente una sociedad, forma una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, tal como lo dispone el artículo 98 del Código de Comercio. Este hecho genera como efecto principal una personalidad jurídica que se traduce en los atributos que la conforman: nombre, patrimonio, capacidad, nacionalidad y *domicilio*, de los cuales gozan por igual todas las especies asociativas previstas en el Código de Comercio que varían en cuanto al alcance de sus desarrollos jurídicos de acuerdo con el carácter más o menos personalista o capitalista del tipo de sociedad adoptado.<sup>210</sup>

El artículo 110 del Código de Comercio establece en su numeral 3º que en la escritura pública por la cual se constituye la sociedad comercial, debe expresarse “el domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución”. “El domicilio de una sociedad es la circunscripción territorial (municipio o distrito) pactado en los estatutos sociales, en donde los socios están llamados a ejercer sus derechos”<sup>211</sup>. Esta definición trae a discusión un tema importante, como lo es el de la finalidad por la cual se crea una sociedad; las personas involucradas en la constitución de una compañía, dirigen su voluntad hacia la posibilidad de encontrar en el desarrollo de esa empresa algún beneficio, pero es lógico que ésta debe permitirles ejercer ciertos derechos y establecer pautas de organización.

El domicilio de una sociedad debe entenderse como uno de los instrumentos que le permiten funcionar de manera adecuada, no sólo en cuanto a los derechos de

---

<sup>210</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Personificación Jurídica de la Sociedad. Revista Universitas No. 100, diciembre de 2000. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 213 p.

<sup>211</sup> *Ibíd*em, p. 216 – 217

los socios se refiere, sino también respecto de terceros y del Estado, ya que a través de éste es posible ubicar a la compañía espacialmente evitando la incertidumbre de su localización, lo cual generaría confusiones para cualquier tipo de notificación o acto que fuera necesario realizar en la empresa o con ella.

“El domicilio de una sociedad, es un atributo cuya relevancia no es posible subestimar dentro del orden jurídico positivo, ni en la vida práctica de los negocios. Porque él cumple importantes funciones de regulación jurídica no sólo en cuanto a la formación de la sociedad, sino también en relación con su funcionamiento, pues hay requisitos de forma, que, como el registro mercantil de la escritura social, sólo pueden cumplirse válidamente en el lugar de su domicilio; y en cuanto a su funcionamiento, toda vez que del lugar de su domicilio irradia jurídicamente, para entrar en relación con terceros y para manifestar lo que se ha llamado la voluntad social, esto es, la voluntad de los asociados, colectivamente considerados, o sea, expresada en función de la sociedad pactada por ellos”<sup>212</sup>.

10.1.1.1 Domicilio de las sucursales. Frente al domicilio principal, se encuentran también los domicilios de las sucursales. De acuerdo al artículo 263 del Código de Comercio: “son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad”; éstos domicilios son importantes en la medida que permiten desarrollar negocios sociales y expandir el objeto social de una sociedad, así como crear vínculos jurídicos para ésta al tener allí representantes que pueden obligarla.

10.1.1.2 Funcionamiento de los órganos de la sociedad con relación al domicilio. Por otra parte, siguiendo el criterio expuesto por el Dr. Reyes, debe hacerse una

---

<sup>212</sup> PINZON, Gabino. La nacionalidad de las sociedades. Revista Universitas No. 22 de la Pontificia Universidad Javeriana.

precisión respecto al funcionamiento de los órganos de la sociedad en relación con el domicilio. El Código de Comercio al regular los órganos sociales, estableció disposiciones especiales referentes al domicilio únicamente para el órgano de dirección de la empresa, así el artículo 422 en su inciso 2º, dispone que si la asamblea no es convocada para las reuniones ordinarias, se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad.

**a) Asamblea general de accionistas.** Así mismo, el artículo 426 dispone que la asamblea se reunirá en el domicilio principal de la sociedad, el día, a la hora y en el lugar indicados en la convocatoria. No obstante, podrá reunirse sin previa citación y en cualquier sitio, cuando estuviere representada la totalidad de las acciones suscritas. “Lo expuesto permite concluir que mientras que los órganos de administración, representación legal y fiscalización pueden funcionar en cualquier lugar, el órgano de dirección sólo funciona en el lugar donde se encuentre ubicado su domicilio principal, a menos que se cumpla con la referida excepción consagrada en el precitado artículo 426”<sup>213</sup>.

## **10.2 LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA COMO MANIFESTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA<sup>214</sup>**

**10.2.1 Marco Constitucional de la Intervención del Estado en la Economía.** El artículo 334 de la Constitución Política establece: “la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades

---

<sup>213</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Personificación Jurídica de la Sociedad. Revista Universitas No. 100, diciembre de 2000. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 217 p.

<sup>214</sup> En esta misma obra véase numeral 1.5.1.

y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

De acuerdo a lo anterior, la intervención del Estado en la economía tiene un fundamento constitucional, en el cual se busca que éste como estructura representativa y organizativa del país, participe en el mercado a través de sus diferentes entidades con el fin de lograr mayor equidad y mejores condiciones de vida en las diferentes regiones.

**10.2.2 Colombia: Economía de Mercado.** Colombia actualmente tiene una economía de mercado, es decir, compradores y vendedores determinan los precios e intercambian bienes y servicios. Pero no puede pensarse que éste sistema funciona por sí solo sin ninguna complicación, ya que la teoría de la mano invisible expuesta por Adam Smith en 1776 ha demostrado sus falencias. Smith expuso en su obra: “todo individuo trata de emplear su capital de tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente, ni pretende promover el interés público ni sabe cuánto lo está promoviendo. Lo único que busca es su propia seguridad, sólo su propio provecho. Y al hacerlo, una mano invisible le lleva a promover un fin que no estaba en sus intenciones. Al buscar su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretende promoverlo”<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> SMITH, Adam. La Riqueza de las Naciones, 1776.



Este principio funciona claramente en condiciones de competencia perfecta sin fallas del mercado, es decir, cuando el mercado asigna eficientemente los recursos y la economía se encuentra en su frontera de posibilidades de producción; pero cuando aparecen los monopolios, las externalidades o una distribución inequitativa de la renta el Estado debe intervenir para corregirlas y con ello queda cuestionada la eficiencia de la mano invisible.

Hay que tener en cuenta que ninguna economía en el mundo, se ajusta a los ideales de Adam Smith, ya que todas tienen imperfecciones que generan contaminación, desempleo, extremos de pobreza y riqueza y otros males que debe entrar a conjurar el Estado.

Samuelson ha expuesto claramente las funciones que desempeña el Estado en una economía de mercado: “el Estado desempeña tres grandes funciones económicas en las economías de mercado: fomentar la eficiencia, la equidad y el crecimiento y la estabilidad macroeconómicos.

- a) El Estado intenta corregir los fallos del mercado, como el monopolio y la excesiva contaminación, a fin de fomentar la eficiencia.
- b) Los programas públicos destinados a fomentar la equidad se valen de los impuestos y del gasto para redistribuir la renta a favor de determinados grupos.
- c) El Estado recurre a los impuestos, el gasto y la regulación monetaria para fomentar el crecimiento y la estabilidad macroeconómicos, reducir el desempleo y la inflación y fomentar el crecimiento económico”.

De acuerdo a lo anterior, se observa como el Estado es un factor necesario e imprescindible en la economía, ya que es éste a través de sus instrumentos el que corrige las fallas y permite que cualquier inequidad o ineficiencia se subsane para beneficiar a los ciudadanos.

“En todas las economías industriales avanzadas, encontramos una economía mixta en la que el mercado determina los niveles de producción y los precios en la mayoría de sectores, mientras que el Estado conduce la economía global por medio de programas de impuestos, gasto y regulación monetaria. Ambas mitades – el mercado y el Estado – son esenciales para que la economía funcione correctamente. Dirigir una economía moderna sin las dos es como tratar de aplaudir con una mano”.<sup>216</sup>

**10.2.3 Intervención del Estado en la Economía por medio de las Sociedades de Economía Mixta.** Una vez analizada la intervención del Estado en la economía desde el punto de vista macroeconómico, puede entrarse a estudiar una forma de intervención más concreta, como lo es su participación en las sociedades de economía mixta. Los principios y finalidades anteriormente vistos, encuentran reflejo en ésta forma de sociedad creada por la legislación colombiana, que tiene como fin permitir al Estado integrar el mercado y manifestar el Estado social de derecho.

Por la situación actual del país, en la que el Estado está en crisis por su ineficiencia para responder a las necesidades de los ciudadanos en los diferentes sectores, es necesario que los particulares participen en el desarrollo de ciertas actividades para las cuales el Estado no cuenta ni con la infraestructura ni la experiencia suficiente, es decir, se hace indispensable la colaboración de la gestión privada con la gestión pública en algunos campos de la vida industrial y comercial.

Así mismo, se hace necesario para los particulares que el Estado ayude y fomente el sector privado, ya que éste último como estabilizador y orientador de la economía, es el encargado de facilitar las vías que permitan un desarrollo empresarial satisfactorio.

“En países de una economía no socializada, en los cuales el Estado debe respetar

---

<sup>216</sup> SAMUELSON, Paul. Economía. Editorial McGraw - Hill, 1998. p. 35

y proteger la empresa privada, por cuanto vive de ella, la colaboración del capital oficial con el capital privado debe ser para satisfacer necesidades de orden general, sin pretender ahogar o sustituir la empresa privada, que puede cumplir mejor la función social que le corresponde si en lugar de hostilizarla se la protege y estimula adecuadamente. De manera, pues, que el objeto de las sociedades de economía mixta no puede estar constituido sino por empresas o actividades de interés general o común, puesto que solamente así se justifica la inversión de los caudales públicos en ellas. Porque el Estado, al compartir con los particulares la gestión de ciertas empresas, no puede abandonar o descuidar sus propios fines y hacer inversiones que no correspondan a los intereses generales o sociales colocados bajo su tutela y patrocinio”<sup>217</sup>.

La sociedad de economía mixta debe entenderse como un factor de regulación y de equilibrio social, por medio del cual el sector privado en consonancia con el público, mejora las condiciones de formación y distribución de la renta. El Estado busca a través de la economía mixta estimular y fomentar las actividades del campo privado para lograr los fines de interés general.

Esta forma social encuentra su fundamento en las nuevas concepciones del derecho administrativo, a través de las cuales se busca una acción efectiva para lograr el bienestar común dentro de un marco jurídico instituido con el fin de que el Estado tenga la capacidad suficiente de tomar las decisiones adecuadas y adoptar las acciones necesarias para cumplir sus fines.

“La función administrativa moderna se nutre de conceptos mucho más ágiles y dinámicos que le permiten, dentro de los marcos de normas superiores, actuar bajo criterios de discrecionalidad y oportunidad necesarios para impulsar su acción en la

---

<sup>217</sup> PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales, vol. I, cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 1982, 325 p.

permanente búsqueda de la realización de las finalidades del Estado”<sup>218</sup>. Las sociedades de economía mixta son un modelo por el que el Estado puede intervenir en un sector de la economía con el objeto de lograr los fines que le son impuestos.

“Como forma de intervención estatal, las sociedades de economía mixta, al combinar el capital estatal y privado, al ofrecer servicios públicos de interés general contribuyen a la socialización de los servicios públicos, ya que mantienen un control sobre la actividad desarrollada”<sup>219</sup>. Entonces las actividades industriales y comerciales aunadas a la prestación de servicios públicos, integran el campo de acción de las sociedades de economía mixta a través del cual el Estado se desarrolla e impulsa la actividad privada.

Pero todo lo anterior, no tendría sentido si la sociedad de la cual participa el Estado es ineficiente, ya que si fracasa se frustran todas las finalidades de intervención en la economía, es decir, el bienestar general. Es por esto, que es necesario analizar cómo se logra que una empresa sea eficiente y promueva por ésta misma razón, el desarrollo empresarial de una región y por consiguiente del país.

### **10.3 VISIÓN EMPRESARIAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

El mundo actual se encuentra invadido por numerosas empresas que buscan el éxito en un mercado cada día más competitivo, es por esto, que las compañías deben organizarse para planear y efectuar estrategias de desarrollo que les permitan mantenerse y triunfar en el mundo empresarial.

Las sociedades de economía mixta no deben ser ajenas a ésta nueva visión de

---

<sup>218</sup> SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1996.

<sup>219</sup> PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000. p. 557 – 558

gerencia estratégica, ya que solamente a través de una planeación y gestión adecuada, la sociedad podrá desarrollarse y triunfar, generando un beneficio no sólo para los particulares sino también para el Estado, ya que le evitaría más fracasos y pérdidas en empresas mal manejadas. Si una sociedad de economía mixta tiene visión empresarial, desde el lugar donde se encuentre ubicada, va a ser motor de desarrollo para la región y el país y posiblemente servirá de instrumento para implementar políticas de Estado exitosas.

**10.3.1 Planeación Estratégica.** Un buen plan estratégico, que sea a la vez dinámico y flexible, es la clave para el éxito de cualquier empresa, por esto, es necesario analizar qué significa, cuáles son sus componentes y la forma como debe hacerse. En ésta parte del Capítulo, se hará un seguimiento al libro del Doctor Humberto Serna Gómez titulado “Gerencia estratégica”, que explica y orienta de forma clara sobre cuál es el rumbo que debe tomar una compañía si quiere triunfar en el mundo empresarial.

“La planeación estratégica es un proceso mediante el cual una organización define su visión de largo plazo y las estrategias para alcanzarla a partir del análisis de sus fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas. Supone la participación activa de los actores organizacionales, la obtención permanente de información sobre sus factores claves de éxito, su revisión, monitoría y ajustes periódicos para que se convierta en un estilo de gestión que haga de la organización un ente proactivo y anticipatorio”<sup>220</sup>.

De acuerdo a la definición anterior, se observa como el plan estratégico permite una visión global de las metas y objetivos de la empresa, de ésta manera, los directivos de la compañía pueden señalar políticas y objetivos que cubran todas las

---

<sup>220</sup> SERNA GOMEZ, Humberto. Gerencia Estratégica. Bogotá: 3R Editores, 2000. p. 29

áreas y que permitan resaltar sus fortalezas contrarrestando sus debilidades.

Para tener claro hacia donde se dirige la empresa, es necesario, tal como lo explica el Dr. Serna Gómez, un direccionamiento estratégico integrado por los principios corporativos, la misión y visión de la organización.

10.3.1.1 Principios corporativos<sup>221</sup>. “Los principios corporativos son el conjunto de valores, creencias, normas, que regulan la vida de una organización. Ellos definen aspectos que son importantes para la organización y que deben ser compartidos por todos. Por tanto constituyen la norma de vida corporativa y el soporte de la cultura organizacional”<sup>222</sup>.

En los principios corporativos se encuentra la filosofía de la empresa, es decir, el marco axiológico en el que se desenvuelve, tanto a nivel interno como externo para desarrollar su objeto y lograr las políticas y objetivos establecidos.

Cada compañía determina sus valores de acuerdo a lo que busca y quiere transmitir a los demás factores del mercado. Cuando se dice que una empresa debe incorporar los valores que pregona a su cultura empresarial, significa que la cultura de esa sociedad se construye sobre esos principios que hacen que sus miembros tengan clara la ideología que debe seguirse cuando realizan una acción con un fin determinado; el marco de referencia para actuar se encuentra allí.

**a) Cultura empresarial.** Ahora bien, es importante entrar a definir qué es una cultura empresarial y qué tipo de culturas existen actualmente en las empresas. “La cultura de una institución es la manera como las organizaciones hacen las cosas, como establecen prioridades y dan importancia a las diferentes tareas empresariales, además de incluir lo que es importante para la empresa”<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> En esta misma obra véase numeral 14.8.

<sup>222</sup> SERNA GOMEZ, Humberto. Gerencia Estratégica. Bogotá: 3R Editores. 2000. p. 29

<sup>223</sup> *Ibidem*, 105 p.

De acuerdo a John P. Kotter y James L. Heskett, existen tres posibles tipos de cultura identificables: las culturas fuertes, las culturas estratégicamente apropiadas y las culturas adaptables. Cada una de éstas tiene aspectos positivos en cuanto al comportamiento económico de la empresa, pero al mismo tiempo presentan falencias que éstos autores expresan en conclusiones derivadas de estudios prácticos en diferentes compañías en Estados Unidos.

Una **cultura fuerte**, es aquella que tiene raíces profundas en cuanto estilo y valores; tanto empleados como directivos, comparten un conjunto coherente de valores y principios en cuanto al manejo de la compañía. La cultura es reconocida y aceptada por todos los miembros de la sociedad, y ninguno de ellos intenta cambiarla, al contrario, todos se adaptan a ésta.

Los beneficios de la fortaleza de una cultura se encuentran reflejados en tres aspectos: en primer lugar, se entiende que al existir una cultura reconocida y aceptada, los esfuerzos de todos en la compañía se aúnan hacia un objetivo común, lo cual permite lograr los fines porque todos caminan hacia una misma dirección. En segundo lugar, se dice que es posible lograr altos niveles de rentabilidad, gracias a la motivación que se genera en los empleados debido al sentimiento de compromiso y lealtad, lo cual provoca en éstos mayores esfuerzos porque se sienten bien al trabajar para la empresa. Finalmente, se afirma que las culturas fuertes favorecen el comportamiento global de la organización, debido a que generan las estructuras y controles requeridos, sin necesidad de que se tenga que recurrir a las asfixiantes burocracias que inhiben la motivación y la innovación<sup>224</sup>.

Es importante tener en cuenta que aunque es cierto que la cultura fuerte puede introducir elementos que funcionen bien, es posible que conduzca a la empresa

---

<sup>224</sup> KOTTER, John P. y otro. Cultura de empresa y rentabilidad. España: Ediciones Díaz de Santos, 1995. 17 – 18 p.

por la vía incorrecta al estar cimentada sobre bases que aunque fuertes, pueden llevar al fracaso la compañía.

Un grupo unificado y motivado tiene un amplio poder potencial para impulsar la sociedad, pero debe reconocerse que también existen limitaciones para éste tipo de cultura. “En un mundo cada día más competitivo y cambiante, una cultura fuerte puede deteriorar los resultados económicos. Puede hacer que los altos niveles directivos sean incapaces de percibir las nuevas necesidades estratégicas de la empresa. Puede, también, provocar que, cuando se decida la implantación de cambios estratégicos, su puesta en práctica esté llena de dificultades o que, incluso, se convierta en una meta imposible de alcanzar”<sup>225</sup>.

Por otra parte, se encuentran las **culturas estratégicamente apropiadas**. Este enfoque afirma que el contenido de una cultura en términos de los valores y comportamientos compartidos, es más importante que su nivel de fortaleza. Para esta cultura no existe un valor universal que determine una estructura que sea aplicable a todos los casos para lograr el éxito, al contrario, para tener éxito la cultura debe adaptarse al contexto en el cual la empresa desarrolla su estrategia; sólo las culturas que sean contextual o estratégicamente apropiadas se pueden relacionar con una excelente rentabilidad.

Es cierto que una cultura estratégicamente apropiada permite introducir ajustes en cada una de las áreas del negocio, pero también tiene ciertas falencias. Esta teoría se ha criticado porque se dice que tiende a concebir la naturaleza de la cultura como algo estático, si hay cambios pequeños, pueden introducirse cambios a la cultura, pero si son grandes, los cambios culturales son tan lentos que pueden llegar a afectar en forma negativa la economía de la empresa.

---

<sup>225</sup> *Ibíd*em, p. 28



En tercer lugar se encuentran ubicadas las **culturas adaptables**. Su fundamento lógico establece que solamente aquellas culturas capaces de ayudar a las organizaciones a anticipar y adaptarse a los cambios del entorno, pueden asociarse con altos niveles de rentabilidad a largo plazo; en esta teoría se busca determinar las culturas que dificultan la adaptación, para así establecer las características de una cultura adaptable: innovación, adopción de riesgos, discusiones abiertas, espíritu emprendedor, flexibilidad y liderazgo. Esta teoría es criticada porque se dice que no especifica cuál es la dirección hacia la que deben moverse las personas en una cultura orientada al cambio, para lograr la gran diferencia.

“A pesar de que ninguno de los tres enfoques teóricos sobre la relación cultura de empresa – rentabilidad es completamente satisfactorio, todos nos ofrecen importantes indicios para determinar por qué algunas empresas logran mejores resultados que otras. El modelo de la cultura fuerte señala el papel que las normas y los valores cumplen en la unificación de los objetivos y en la motivación y el control de los grupos de personas; algo que es muy difícil de lograr en una organización muy compleja. El modelo de las culturas estratégicamente apropiadas demuestra lo importante que es para una empresa el hecho de tener normas y prácticas que se ajusten a las condiciones del contexto o entorno en el que opera la cultura. El modelo de la adaptación pone el énfasis en ciertos valores y comportamientos específicos que ayudan a una empresa y a su cultura a adaptarse a los cambios.

A pesar de que, usualmente, cada uno de esos enfoques se analiza como alternativo a los otros, la verdad es que no existe nada que sea intrínsecamente conflictivo entre ellos. Por el contrario, nuestras investigaciones sugieren que un modelo que combine los tres enfoques es más poderoso que cualquiera de ellos, considerado individualmente”<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 69

Con lo anterior, queda claro que cada empresa tiene la posibilidad de adoptar una u otra cultura de acuerdo a su organización empresarial y objetivos que se fijan para desarrollar el objeto; el éxito de la compañía no radica en que una sea más beneficiosa que otra, sino en la calidad y fuerza con que se adopte cualquiera de ellas.

10.3.1.2 Misión. La misión determina cuál va a ser el rol de la empresa en el mundo futuro, comprende tanto el objeto social como el conjunto de valores que gobiernan la institución.

“La misión indica la manera como una institución pretende lograr y consolidar las razones de su existencia. Señala las prioridades y la dirección de los negocios de una empresa. Identifica los mercados a los cuales se dirige, los clientes que quiere servir y los productos que quiere ofrecer. Así mismo, determina la contribución de los diferentes agentes en el logro de propósitos básicos de la empresa y lograr así su visión organizacional”<sup>227</sup>.

Al establecerse la misión de una empresa, debe procurarse que sea formulada y difundida a todos los miembros de la sociedad ya que el día a día de la compañía debe estar encaminado a ésta y por tanto las conductas dirigidas al desarrollo de sus postulados. La misión es el punto de partida que unifica tanto las relaciones internas como externas, ya que es el propósito formulado para el desarrollo del objeto social.

**a) La misión en las sociedades de economía mixta.** La misión de una sociedad de economía mixta tiene una particularidad respecto de las demás formas societarias, en el sentido de que ésta es creada con el objetivo de lograr los fines estatales que la Constitución consagra, lo cual hace que el desarrollo del objeto social se encamine prioritariamente a lograr las finalidades de interés general que

---

<sup>227</sup> SERNA GOMEZ, Humberto. Gerencia Estratégica. Bogotá: 3R Editores, 2000. 185 p.

la administración tuvo en cuenta al momento de su creación.

Cada sociedad de economía mixta tiene unos fines específicos y en esa medida la misión de la empresa estará orientada a consolidar bajo parámetros de interés general las actuaciones por medio de las cuales se llevarán a cabo los objetivos, sin desconocer que éstas dentro de un plan estratégico deben dirigirse a hacer la sociedad eficiente y competitiva.

10.3.1.3 Visión. Siempre se espera que la empresa tenga una visión. Por medio de la prospectiva, la compañía debe hacerse una imagen del mundo en el futuro y visualizarse en él, para señalar así la dirección que unirá su situación actual con lo que busca ser, de esta manera, se establece el rumbo para lograr el desarrollo esperado de la organización.

“La visión de una compañía sirve de guía en la formulación de las estrategias, a la vez que le proporciona un propósito a la organización. Esta visión debe reflejarse en la misión, los objetivos y las estrategias de la institución y se hace tangible cuando se materializa en proyectos y metas específicas, cuyos resultados deben ser medibles mediante un sistema de índices de gestión bien definido”<sup>228</sup>.

**b) La visión en las sociedades de economía mixta.** Una sociedad de economía mixta tiene que estructurar su visión en la búsqueda de estrategias para entrelazar su situación actual con los objetivos que quiere lograr en beneficio de la sociedad. Es solamente a través de ésta proyección que tiene la posibilidad de crear las estrategias necesarias para el logro de fines estatales, ya que los beneficios de su actuación por atender intereses de carácter general obligan a la sociedad a proyectarse en el futuro para necesidades futuras.

---

<sup>228</sup> Ibídem, 21 p.

**10.3.2 Diagnóstico estratégico: DOFA.** Para la proyección futura de una empresa, es necesario analizar su situación actual no sólo en el ámbito interno, sino también frente al entorno. El estudio de las D (debilidades), O (oportunidades), F (fortalezas) y A (amenazas), permitirá a la compañía definir las estrategias para corregir las debilidades, contrarrestar las amenazas, aprovechar las oportunidades y explotar las fortalezas.

El DOFA permite hacer a la sociedad competitiva frente a las demás empresas, ya que el análisis de éstos cuatro puntos la colocan en un nivel privilegiado en donde puede equilibrar las ventajas distintivas y las debilidades que busca mejorar, con el fin de posesionarse en el mercado sacando provecho de las oportunidades que se presentan.

“En el análisis DOFA deben incluirse factores claves relacionados con la organización, los mercados, la competencia, los recursos financieros, la infraestructura, el recurso humano, los inventarios, el sistema de mercadeo y distribución, la investigación y el desarrollo, las tendencias políticas, sociales, económicas y tecnológicas y variables de competitividad”<sup>229</sup>.

OPORTUNIDADES	AMENAZAS
Enumerar oportunidades claves	Enumerar amenazas claves
FORTALEZAS	DEBILIDADES
Enumerar fortalezas claves	Enumerar debilidades claves

**a) El diagnóstico estratégico en las sociedades de economía mixta.** El DOFA es un diagnóstico que puede ser de gran utilidad en las sociedades de economía mixta en la medida que va a permitir descubrir aquellas herramientas que están o pueden estar favoreciendo o afectando la empresa. Al tener participación estatal en su capital, es claro que éstas sociedades cuentan con ventajas que deben

---

<sup>229</sup> Ibídem, p. 158

aprovechar no con el objeto de afectar a los demás agentes del mercado sino para conseguir los fines de Estado por los cuales fueron constituidas; así mismo, es cierto que enfrenta graves amenazas y debilidades como lo es el hecho de una mala administración en razón de que quienes desarrollan el objeto social saben que el Estado siempre va a colaborar en caso de decaimiento de la compañía por causa del interés general que protege.

De todas maneras, la sociedad de economía mixta debe identificar sus oportunidades para que logre no sólo beneficios económicos, sino también beneficios sociales.

**10.3.3 Objetivos Corporativos.** “Los objetivos corporativos son los resultados globales que una organización espera alcanzar en el desarrollo y operacionalización concreta de su misión y visión. Por ser globales, estos objetivos deben cubrir e involucrar a toda la organización. Por ello, se deben tener en cuenta todas las áreas que integran la empresa”<sup>230</sup>.

Los objetivos deben plantearse una vez se ha definido la misión y visión de la empresa y se ha hecho el análisis DOFA que ha permitido establecer su situación real dentro del mercado, ya que es en ese instante cuando la sociedad tiene claro su campo de acción y los lineamientos dentro de los cuales deberá desarrollar su objeto.

En primera instancia los objetivos deben ser globales, pero esto no obsta para que sean claros y determinados ya que es a partir de ellos que se establecerán las estrategias y planes de la compañía. Debe responderse a la pregunta ¿qué se quiere lograr? para así determinar las áreas estratégicas en las cuales la empresa buscará centrar su energía.

---

<sup>230</sup> Ibídem, página 197.

**a) Los objetivos corporativos en las sociedades de economía mixta.** Estos objetivos en las sociedades de economía mixta, tal como ocurre con la misión, se encuentran claramente predeterminados en razón del interés general que busca satisfacerse, y por éste hecho deben establecerse teniendo en cuenta los resultados que se buscan y los principios bajo los cuales deben desarrollarse, que son los mismos de la función administrativa del Estado: *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad* (art. 209 Constitución Nacional), *participación, responsabilidad y transparencia* (art. 3°, Ley 489 de 1998)<sup>231</sup>.

**10.3.4 Plan Estratégico.** Todo este recorrido tiene un fin: determinar el plan estratégico de la organización. Tal como lo explica el Dr. Serna Gómez, una vez determinados los objetivos, es necesario identificar las alternativas de la empresa para lograrlos, seleccionando así las opciones estratégicas adecuadas que irán a constituir los proyectos estratégicos integrantes del Plan Estratégico.

Los proyectos estratégicos son la clave del éxito de una compañía, ya que es a través de éstos que se lograrán los objetivos y el desarrollo de la misión y visión de la empresa.

A partir de este punto, empieza el desarrollo de todo el plan, donde cada miembro de la sociedad será responsable como gestor de unos objetivos y de una filosofía empresarial. La compañía empieza su marcha bajo un análisis cuidadoso de su situación, y lo que queda de ahora en adelante es no perder ese horizonte trazado y medir el rendimiento de la empresa, para determinar así si el Plan Estratégico adoptado fue el correcto.

**a) Plan estratégico en las sociedades de economía mixta.** La sociedad de economía mixta en la práctica no produce bajo parámetros de mercado, sino de

---

<sup>231</sup> En esta misma obra véase Capítulo.8.

fines de Estado, lo cual implica que su plan estratégico deba incluir la participación de todos los agentes interesados en el buen funcionamiento de ésta. Es decir, tanto los particulares que participan en el capital, como el Estado que cuenta con mecanismos adicionales como el control de tutela, deben dirigirse a lograr unidad en las políticas de la administración en el sentido de que todos sus órganos tengan actuaciones coherentes con las finalidades estatales.

**10.3.5 Rendimiento de la Empresa.** Una sociedad funciona como un equipo, es decir, cada miembro tiene una tarea importante en el desarrollo y éxito de la empresa. A menudo, sobre todo en las compañías de gran tamaño, no es fácil mantener el control sobre todas las áreas, por eso se hace necesario implementar medidas que faciliten la medición del rendimiento con el fin de saber si se están o no cumpliendo los objetivos.

Los directivos, son los encargados de dirigir los hilos de la sociedad, pero su función sería más sencilla y eficaz, si es posible delegar poder en equipos de trabajo que se autoregulen y autoevalúen bajo un marco común delimitado.

“Los altos directivos deben establecer los objetivos estratégicos, asegurarse de que cada equipo comprende cómo encaja su trabajo en la estrategia, y proporcionar la formación para que cada equipo pueda diseñar sus propias medidas. Pero para asegurarse de que la autoría y responsabilidad del rendimiento permanece en los equipos, los directivos tienen que exigirles que decidan qué medidas les ayudarán mejor a realizar su trabajo”<sup>232</sup>.

Las medidas adoptadas deben revisarse para ver si son coherentes con la estrategia empresarial, y así mismo debe establecerse un límite que de ser transgredido, permita al cuerpo directivo entrar a controlar y revisar cuando el equipo enfrente problemas graves que lo ameriten.

---

<sup>232</sup> MEYER, Christopher. Cómo ayudan a destacar a los equipos las medidas adecuadas: Harvard Business Review (Cómo medir el rendimiento de la empresa). España: Ed. Deusto, 1999. p. 120

Al establecer el equipo un plan de trabajo, permite que sus miembros reconozcan unos objetivos comunes que serán desarrollados bajo una línea de control de progreso y rendimiento. Hay un lenguaje común, y por lo tanto es más sencillo identificar funciones y comprometer a cada cual con su trabajo.

Por otra parte, es necesario entrar a analizar cuál es el factor de rendimiento que debe tenerse en cuenta a la hora de medir el nivel de competitividad de la empresa. La información es la herramienta más importante que tiene una compañía para estudiar cómo se desempeñan sus factores, por eso debe centrar sus esfuerzos en conseguir aquella que le sea realmente útil.

El sistema de información tradicional ha sido la contabilidad, pero actualmente se han venido utilizando otros métodos que permiten saber en forma global el costo total de un proceso, ya que es éste el que cuenta para la rentabilidad y la competitividad. No sólo se tienen en cuenta los costos de hacer, sino también los generados por no hacer determinada operación, como por ejemplo, el costo de los tiempos muertos de una maquinaria; nos encontramos frente a lo que Peter F. Drucker denomina el *sistema de cálculo de costes basado en la actividad*, el cual permite establecer el impacto de los cambios en los costos y rendimientos de cada actividad en los resultados totales.

“Pero conocer el coste de las operaciones no basta. Para tener éxito en el mercado global, cada vez más competitivo, una empresa tiene que conocer los costes de su cadena económica completa y trabajar en unión de los otros eslabones de la cadena para gestionar los costes y maximizar el rendimiento”<sup>233</sup>.

Siguiendo el artículo de Drucker, el autor establece que las empresas han sido creadas para generar riqueza y es con éste fin que deben gestionarse, por esto los

---

<sup>233</sup> DRUCKER, Peter F. La información que los directivos necesitan realmente: Harvard Business Review (Cómo medir el rendimiento de la empresa). España: Ediciones Deusto, 1999. p. 9



directivos deben tener la información precisa que les permita tomar las decisiones adecuadas para llevar a la compañía a su máximo rendimiento.

La información debe generarse tanto a nivel interno como externo, ya que el entorno es el medio en el que la empresa se mueve y ésta debe conocerlo para saber en qué dirección dirigirá su estrategia. La información debe organizarse de tal manera que cuestione y plantee retos a la estrategia de la empresa.

La información debe ser ágil y útil hacia el futuro, no puede ser simplemente un reflejo de lo que ya ocurrió y sobre lo cuál no es posible hacer nada. “Un sistema de información adecuado tiene que contener información que fuerce a los ejecutivos a cuestionarse estos supuestos. Tiene que inducirles a hacerse las preguntas correctas, no limitarse a suministrarles la información que esperan recibir. Esto presupone que primero los directivos saben cuál es la información que necesitan, lo que exige algo más que obtener la información de un modo regular. Y finalmente requiere que integren de manera sistemática la información en sus procesos de toma de decisiones”<sup>234</sup>.

Los factores de rendimiento evolucionan, por esto la empresa debe buscar nuevos medios para medir su competitividad, ya que la tecnología actual facilita a las compañías generar, analizar y almacenar mayor cantidad de información en forma rápida y eficaz.

La adaptación es una característica esencial que no pueden desconocer las empresas si pretenden sobrevivir y tener éxito en un mercado cada vez más globalizado. De la capacidad de una compañía para adoptar nuevas estrategias

---

<sup>234</sup> *Ibidem*, 24 p.

cuando los cambios lo requieran, de reunir la información necesaria y actuar oportunamente, depende la posibilidad de alcanzar un alto nivel competitivo.

Es cierto que las medidas financieras son las más especializadas para medir el rendimiento, pero no deben desconocerse aquellas que aunque no son financieras permiten dar una visión más global del nivel en el cuál se encuentra la compañía. El medir la satisfacción del cliente, la calidad, la innovación, etc. permite analizar como funciona la empresa hacia el futuro, complementando así las medidas financieras que son un reflejo de su pasado y presente; una empresa líder reunirá toda esta información para desarrollar su estrategia sobre bases informativas de las diferentes áreas de la organización.

En conclusión, “la mejora de la competitividad depende de partir de cero y preguntarse: dada nuestra estrategia, ¿Cuáles son las medidas más importantes del rendimiento?, ¿Cómo se relacionan estas medidas entre sí?, ¿Qué medidas son las que predicen de verdad el éxito financiero a largo lazo en nuestros negocios?”<sup>235</sup>.

#### **10.4 APLICACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO Y VISIÓN EMPRESARIAL AL CONCEPTO DE DOMICILIO EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

El hecho de que el Estado sea parte en las sociedades de economía mixta, implica no sólo una forma de intervención en la economía sino también una representación de la presencia estatal. Es por ésta razón que el concepto de domicilio no debe analizarse solamente desde el punto de vista jurídico, sino que igualmente es necesario resaltar su trascendencia económica y política.

---

<sup>235</sup> ECCLES, Robert G. Manifiesto sobre la medida del rendimiento: Harvard Business Review (Cómo medir el rendimiento de la empresa). España: Ediciones Deusto, 1999. 32 p.

#### 10.4.1 Distribución Territorial Actual de las Sociedades de Economía Mixta.

Pero ¿cómo es la distribución actual de las sociedades de economía mixta por el territorio nacional? En la figura 1 se hace la relación porcentual de la forma en que se encuentran distribuidas en las diferentes ciudades del país, las sociedades de economía mixta del orden nacional domiciliadas en Colombia.

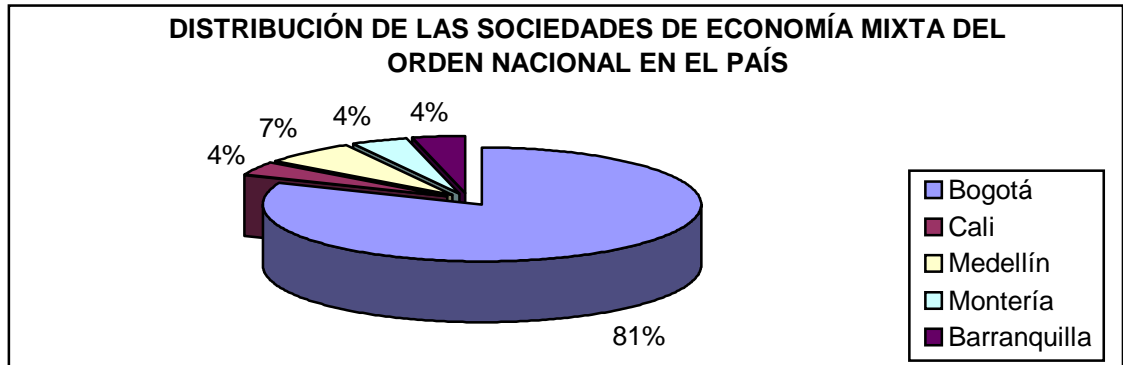
Los resultados dejan a la vista un hecho claro: la mayoría de sociedades de economía mixta del orden nacional, se encuentran domiciliadas en la capital de la República, es decir, aquellas empresas por medio de las cuales el Estado participa en la economía, están centralizadas en un solo lugar de la geografía nacional.

**Tabla 8. Domicilio de las sociedades de economía mixta del orden nacional**

<b>BARRANQUILLA</b>	CORELCA S.A., E.S.P.
<b>BOGOTA</b>	CORABASTOS VECOL S.A. BANAGRARIO S.A. FINAGRO S.A. ALMAGRARIO S.A. FIDUCOLDEX BANCOLDEX ARTESANIAS DE COLOMBIA I.F.I. FONDO NACIONAL DE GARANTIAS COPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA S.A. SOCEDAD HOTEL SAN DIEGO S.A. BANCAFE BANESTADO B.C.H. (En Liquidación) CISA COFINPRO S.A. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUESTADO GRANAHORRAR LA PREVISORA CIA DE SEGUROS PRISA S.A. (En Liquidación) S.T.F., S.A. (En Liquidación)
<b>CALI</b>	FINANCIERA F.E.S
<b>MEDELLIN</b>	ISA ISAGEN S.A., E.S.P.
<b>MONTERIA</b>	EMPRESA MULTIPROPOSITO URRRA S.A., E.S.P.

Fuente: Derechos de petición obtenidos de la respectiva sociedad de economía mixta.

**Figura 1. Distribución de las sociedades de economía mixta del orden nacional en el país**



**10.4.2 Caso Práctico: Acerías Paz del Río S.A.** Para ilustrar los diferentes temas desarrollados a lo largo del presente Capítulo, es útil aplicar los conceptos anteriores a los acontecimientos que han marcado a través de su historia a la sociedad Acerías Paz del Río S.A.<sup>236</sup>, la cual aunque actualmente es una empresa de capital totalmente privado, no sólo tuvo en algún momento participación estatal sino que deja ver reflejados los intereses generales que el Estado busca proteger cuando interviene en el sector real de la economía.

En los años 40, durante el gobierno del Presidente Eduardo Santos se empezaron estudios regionales con el fin de establecer la posibilidad de explotar recursos mineros y organizar industrias destinadas a la elaboración de hierro y acero. Fue así, como en 1942 se descubrió un yacimiento de minerales ferrosos en el departamento de Boyacá el cual fue analizado por el Ministerio de obras quien con ayuda de expertos en la materia estimó la magnitud de la reserva.

<sup>236</sup> FUENTE: ¿Por qué fracasan y/o se transforman las empresas en Colombia? Caso “Acerías Paz del Río S.A.”. Tesis realizada por Omar A. Cortés y Martha Rojas para la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Departamento de Administración de Empresas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000

Este fue el inicio para la primera industria siderúrgica del país, que en años posteriores descubriría las debilidades a las que se encontraba sometida. Con la Ley 45 de 1947 se dio la creación de la empresa Acerías de Colombia S.A., la cual fue apoyada por el gobierno con un capital inicial de \$100.000.000.

Debido a los costos que se tuvieron que realizar en el montaje y puesta en marcha de la empresa, el gobierno dictó normas para la financiación de sus propias acciones y del monto faltante de la obra, comprometiendo el interés privado mediante una contribución derivada del impuesto sobre la renta, pero debido a su lento recaudo se consiguió un crédito con un Banco extranjero por US\$25.000.000. Muchos extranjeros y colombianos participaron en la instalación de la planta, en un área de 8 Kilómetros cuadrados y con 13.000 trabajadores.

La planta siderúrgica se inauguró en 1954, teniendo capacidad para fabricar barras, varillas y perfiles de muchos calibres, cuyo aporte significó una gran economía de divisas. Colombia empezó a usar su propio acero en las funciones de construcción y transformación.

A pesar del buen inicio, la falta de experiencia en el desarrollo de éstas actividades genera una primera crisis que se ve aunada a la desventajosa posición geográfica que tiene la sociedad en la medida que al encontrarse ubicada lejos de los puertos y zonas de mercado, el valor de transporte del producto se hace muy costoso.

Aunque se aumentó varias veces el capital nacional autorizado, la empresa presentó un déficit que llevó a que en el año de 1955 durante la presidencia del General Gustavo Rojas Pinilla se expidiera un decreto por el gobierno que autorizaba al Banco de la República vender las acciones que poseía en la sociedad; esto fue considerado como el inicio del traspaso de la empresa al sector privado.

En 1967 el Banco de la República termina la venta de las acciones a los particulares y con ella se consolida la sociedad como empresa privada. Desde el año 1955 hasta esta fecha, el Estado logró implementar mejores sistemas de control, se redujo el personal, se economizaron costos y ensancharon productos.

Hasta este punto, es claro que el domicilio de la sociedad no está favoreciendo el desarrollo de su objeto social, sino que por el contrario lo dificulta a tal punto que se ha tenido que incurrir en una serie de créditos que están llevando a la compañía a un alto nivel de endeudamiento, lo cual en el futuro se verá reflejado en las graves crisis económicas que tendrá que afrontar. Si bien el domicilio no favorece los intereses de la compañía, sí ha logrado impulsar el desarrollo de la región permitiéndole al Estado satisfacer intereses de carácter general, tal y como se demuestra a continuación.

En cuanto al progreso regional y social paulatinamente la empresa posibilitó la inauguración del nuevo acueducto de Tota que favoreció el consumo para el Municipio de Belencito, ampliando los recursos asumidos por la ciudad de Sogamoso. Con esto se ampliaron las condiciones para ofrecer colaboración al funcionamiento de otras instalaciones industriales en la región. Igualmente el Instituto de Fomento Eléctrico, trazó importantes planes con base en la planta termoeléctrica de Paipa y así a partir de 1962 se comenzaron a suministrar 33.000 kilovatios que se produjeron en cadena con las centrales de Belencito – Tunja – Zipaquirá – Bogotá, reduciéndose los costos por arrendamiento de fluido eléctrico. Toda la región influida desde Paz del Río hasta Tunja, ha tenido un avance considerable de progreso.

La transformación ha operado positivamente sobre los conglomerados humanos en bienestar social y estabilidad laboral. El desarrollo de la empresa ha permitido que tanto el campesino como el obrero amplíen su campo para la obra de mano en actividades menores de tecnicismo mecánico y eléctrico, así como el aprendizaje

de oficios calificados en otras derivaciones fabriles.

La empresa ha cumplido en la enseñanza y especialización para asegurar la idoneidad del personal en el manejo de las operaciones industriales, favoreciendo también mediante becas a trabajadores e hijos de trabajadores. Por otra parte, el SENA creó en Sogamoso un instituto de capacitación laboral para la preparación calificada de personal requerido para la industria.

Es así como queda demostrada la capacidad del Estado de ser motor de desarrollo empresarial a través de sus entidades. Es cierto que la empresa pasó a pertenecer al sector privado, pero en sus inicios fueron éstos precisamente los objetivos que se tuvieron con la creación de la compañía, la cual si se hubiera manejado de manera adecuada y teniendo en cuenta los principios de planeación estratégica, no hubiera llegado a su irreparable condición actual.

En la década de los 80 se presentó una creciente y desmedida competencia desleal, y el contrabando pasó a ser un factor que no permitía determinar la totalidad de la demanda ni los necesarios índices de producción, desequilibrando así todo el sistema económico de una comercialización controlada.

Se inició un proceso de recuperación en el cual mediante una inversión de la Banca Internacional se reparó, acondicionó y modernizó el horno, adecuándose también otras plantas con el fin de lograr solidez y estabilidad para los años 90.

Pero vino la apertura económica con el gobierno de César Gaviria Trujillo, y el sector siderúrgico se enfrentó a situaciones para las cuales no estaba preparado, entre las que se encontraba principalmente la competencia internacional que introdujo productos de alta calidad a bajos precios. La tecnología de la compañía no era ni es la adecuada, lo cual hace sus procesos productivos demorados y de no óptima calidad para afrontar las exigencias mundiales.

En este punto, se ve como la sociedad falló en la creación de un plan estratégico que le permitiera asumir los nuevos retos con una misión y visión clara de su posición en el mercado; estas deficiencias aún existen en la actualidad, y desafortunadamente ya no hay muchas vías de salvación para la compañía, lo cual se hubiera podido evitar si en el momento oportuno se hubiera tenido la visión empresarial necesaria para hacer los cambios indispensables y planear a futuro las posibles dificultades bajo un esquema coherente y eficiente de producción. La gerencia pudo ampliar la capacidad instalada, aumentar la participación en el mercado de las otras siderúrgicas, nivelar los precios reales del sector y disminuir la acumulación de inventarios; también debieron haber estado preparados a los cambios monetarios de la economía colombiana y tener establecidos previamente planes de contingencia para poder ser competitivos.

La empresa no se tecnificó atendiendo a las exigencias mundiales, lo cual hizo que los procesos productivos no fueran eficientes y que por ende no se cuente actualmente con la infraestructura necesaria ni el personal capacitado para manejar nuevas tecnologías siderúrgicas.

Fue así como hacia mediados de 1994 debido a las múltiples dificultades y prolongada recesión en el sector de la construcción, se dividieron las actividades siderúrgica y cementera mediante la constitución de la sociedad Cementos Acerías Paz del Río, lo cual redujo los pasivos en las obligaciones financieras de la empresa.

Pero continuaron las dificultades económicas y de orden laboral, en este campo se presentaron huelgas debido a la entrada en vigor de la Ley 50 de 1990, lo que produjo que se disminuyera el abastecimiento de acero en el mercado doméstico facilitando la entrada del producto venezolano con sus respectivas consecuencias.

Ante esta situación se solicitó el concordato preventivo y es así como el 2 de Mayo de 1995 la Superintendencia de Sociedades lo admite, luego de comprobar las



dificultades financieras de la compañía.

1996 fue un año significativo para Paz del Río por los esfuerzos realizados con el fin de permanecer en el sector y alejar la posibilidad de liquidación. Finalmente se logra trasladar a todos los trabajadores a la Ley 50; pero sin embargo, a pesar de los esfuerzos y declaraciones, el informe que presentó la Junta Directiva demostró pérdidas por \$64.300.000 millones de pesos, no logrando las metas trazadas en cuanto al volumen de ventas e ingresos para ese año.

En vista de la crisis, varios sectores del Departamento acordaron medidas para disminuir los altos costos de mantenimiento de la empresa y el Sindicato Antioqueño – accionista mayoritario – se comprometió a aportar US\$15.000.000 al igual que el IFI. Por su parte, los Bancos decidieron descongelar sus derechos fiduciarios y los trabajadores aceptaron el recorte de aproximadamente el 28% de la nómina.

Para enero de 1998 se tiene que la efectividad de los compromisos concordatarios se encuentra en tela de juicio y el desembolso que el IFI había prometido no se hace efectivo por falta de garantías, ya que un proceso de modernización de la planta cuesta el triple de los recursos que se le piensan invertir.

Todo lo anterior conlleva a una conclusión: el paulatino endeudamiento y las dificultades en la producción muestran las debilidades de una estructura administrativa y financiera sobre las que la empresa se ha venido manteniendo.

La inadecuada ubicación geográfica que genera altos costos portuarios y de transporte interno, encarece las exportaciones y hace que la venta producción no sea suficiente para cubrir los gastos y deudas adquiridos por virtud de los créditos que se han tomado con el fin de financiar la empresa, créditos que se traducen en un alto endeudamiento a corto plazo y en altos costos financieros por los elevados

intereses.

La disminución en el consumo de productos siderúrgicos nacionales por la recesión del sector de la construcción y el ingreso de aceros provenientes de Venezuela, sumado a las pocas garantías que el Estado puede ofrecer para proteger el producto nacional frente al contrabando, mantienen a la empresa en crisis.

El incumplimiento de las obligaciones financieras, laborales y de proveedores hace temer que en cualquier momento la sociedad se verá forzada a la cesación de pagos y a la suspensión de operaciones de manera abrupta, caso en el cual se afectaría el valor de los activos, sin dejar de lado los problemas sociales y económicos que se pueden presentar en el Departamento de Boyacá, afectándose también la estructura del mercado siderúrgico.

La falta de planeación en las políticas de financiación y de capital de trabajo han generado consecuencias tales como el alto endeudamiento, disminución en los ingresos operacionales y reducción de los niveles de liquidez las cuales llevaron a convocar el concordato.

Lo analizado anteriormente hace prever que la compañía necesita de manera urgente recursos financieros y una definición sobre su futuro, el cual podría ser la iniciación de una liquidación ordenada.

## **10.5 CONCLUSIÓN**

Una vez realizado el análisis económico de la participación del Estado en las sociedades de economía mixta como forma de intervención, y de lo que significa la planeación estratégica para el desarrollo empresarial, es necesario unir éstos temas con el del domicilio de las sociedades de economía mixta.

En primer lugar, es clara la importancia del Estado como regulador de la economía, ya que al presentarse fallas en el mercado que generan perjuicios y desequilibrios, se hace necesaria la presencia de medidas que reestablezcan la situación.

Al ser las sociedades de economía mixta, una forma de intervenir en el sector real, se convierten en impulsadoras de las políticas del Estado, en la medida que fomentan el sector privado y por consiguiente el desarrollo empresarial. Pero esta categoría de sociedades no puede por el hecho de tener participación estatal y ciertas prerrogativas, perder el horizonte empresarial en el que se desenvuelve, ya que se encuentra en un mercado competitivo donde debe buscar estrategias que le permitan tener éxito bajo una planeación correctamente estructurada y ejecutada.

Una sociedad de economía mixta debe gestionar eficientemente sus actividades internas y tomar decisiones sensatas en el mercado, ya que si es una empresa que sólo genera pérdidas por su mal manejo, no justifica la participación del Estado, porque éste solo debe centrar sus esfuerzos en el desarrollo de actividades que le permitan lograr sus fines de manera eficaz.

Si el Estado va a intervenir, debe hacerlo de forma eficiente, y esto lo logra desarrollando en la sociedad una planeación estratégica y un sistema de medición del rendimiento que le permita conocer realmente el comportamiento de la organización.

Si se logra el nivel deseado de competitividad en la compañía, desde el lugar de ubicación geográfica donde se encuentre, va a impulsar no sólo el desarrollo de la región, sino también del país. En esta medida, tanto Estado como particulares, deben esforzarse en crear estrategias efectivas que hagan exitosa la sociedad de economía mixta, ya que no solo se envuelve un interés de las partes, sino que también detrás se encuentra el interés general y por tanto el bienestar general.

La investigación a nivel práctico y el cuadro que fue reseñado en el punto 10.4.1 del presente Capítulo, muestran como los domicilios de las sociedades de economía mixta se encuentran focalizados en las principales ciudades del país, y en mayor proporción en la capital de la República, lo cual permite concluir que éstas no se están utilizando para hacer presencia de Estado en las diferentes regiones. Es cierto que existen otras sociedades de economía mixta que no son del orden nacional ubicadas a lo largo del territorio, pero las principales se encuentran en las grandes ciudades que constituyen el centro empresarial del país.

Ahora bien, este punto puede tener aspectos positivos y negativos, ya que aunque es cierto que el Estado podría buscar hacer patria a través de éstas sociedades y desarrollar sus políticas desde diferentes regiones para lograr un desarrollo económico uniforme del país, también debe tenerse en cuenta que si están centralizadas en lugares donde se desenvuelve la mayor parte de la actividad económica colombiana, pueden convertirse en centros de fomento nacional a través de sucursales en aquellos lugares donde sea viable desarrollar el objeto de la empresa.

Cualquiera que sea el domicilio de una sociedad de economía mixta, deben tenerse en cuenta tres aspectos que lo hacen relevante en el funcionamiento de la compañía:

- a. Debe tratarse de un lugar donde la empresa pueda funcionar adecuadamente para moverse en el mundo empresarial con éxito, es decir, que su ubicación le permita desarrollar el objeto social a cabalidad y no se convierta en limitación de sus relaciones empresariales.
- b. La sociedad debe ser eficiente para que así se justifique no sólo la intervención del Estado, sino también su presencia en los diferentes lugares de la geografía nacional.
- c. El Estado puede buscar desarrollar sus políticas en empresas eficientes que le

permitan proyectar el fomento desde el lugar donde se encuentre a todo el resto del país.

El domicilio entonces, no sólo es un atributo de la personalidad de la sociedad con efectos jurídicos, sino que detrás de él se encuentra la posibilidad de proyectar el fomento regional y un progreso económico nacional a través del cumplimiento de los fines de Estado, utilizando herramientas necesarias para llevar una empresa a su nivel máximo de competitividad.

## **CAPITULO XI**

### **11. TIPO SOCIAL**

La determinación del tipo social que adoptan las sociedades de economía mixta es relevante en la medida que debe permitir la colaboración entre entidades de derecho público y particulares que convergen en ésta institución para desarrollar empresas en campos de la vida industrial y comercial, contribuyendo al mejoramiento de la economía nacional.

Las normas que regulan las sociedades de economía mixta expresan que ellas son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales sin determinar el tipo social que deben adoptar, por lo que en principio sería viable escoger cualquiera de los establecidos en el Código de Comercio; queda claro entonces, que ésta sociedad no constituye por sí misma un tipo social diferente, simplemente es una sociedad que puede adoptar las diferentes formas establecidas en la legislación.

“Desde luego que éstas compañías no constituyen una forma especial o distinta de sociedad, porque son y deben ser compañías formalmente iguales a las compañías comerciales reguladas en el derecho privado, que también, como ellas, son personas jurídicas distintas de los socios, capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, hecha abstracción, en general, de la calidad o condición de las personas asociadas. Y no puede ser de otra manera, puesto que solamente así es como pueden utilizarse por las entidades de derecho público las ventajas de la asociación comercial, para simplificar y hacer más dinámica la acción del Estado en el desarrollo de programas de interés general, superando las dificultades que restan agilidad y eficacia a las empresas públicas descentralizadas, institutos oficiales y demás entidades de la misma índole que desafortunadamente se han multiplicado lo suficiente para diluir y hacer más costosa e ineficaz la acción

gubernamental e incrementar las fuentes de inmoralidad administrativa”<sup>237</sup>.

La participación de aportes públicos y privados en la conformación del capital y el desarrollo de actividades industriales y comerciales junto con la prestación de servicios públicos, hacen que el tipo social que deban adoptar las sociedades de economía mixta sea escogido cuidadosamente, ya que la forma social debe permitir una buena integración de las distintas clases de aportes que conforman el capital de éstas sociedades, de tal manera que el Estado aproveche las modalidades que utilizan los particulares para explotar de manera eficiente los recursos, generándose el correcto desarrollo de su objeto social.

“La función de estas sociedades es, ante todo, la de facilitar y estimular la participación del capital privado en empresas de interés general; se utilizan con un criterio de fomento industrial, esto es, para coadyuvar empresas privadas útiles a la economía nacional. Porque el Estado no puede abandonar sus funciones cuando se vincula a compañías y por eso es por lo que debe hacerlo siempre en razón de un interés general, como la prestación de un servicio público o el simple fomento de aquellas industrias que, siendo importantes para el desarrollo económico del país, suelen atraer o halagar muy poco al capital privado”<sup>238</sup>.

## **11.1 MARCO LEGAL**

El artículo 97 de la Ley 489 de 1998, establece: “Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo excepciones que consagra la ley”.

---

<sup>237</sup> REVISTA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

<sup>238</sup> PINZON, Gabino. Sociedades Comerciales, volumen II. Bogotá: Editorial Temis, 1989. 321 p.

Por su parte, el artículo 461 del Código de Comercio dispone: “Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado”.

Las anteriores disposiciones, muestran como no se hace referencia al tipo social específico que deben adoptar las sociedades de economía mixta, simplemente se plantea el marco general de las sociedades comerciales como el ámbito en el cual pueden desenvolverse, pudiendo adoptar así, cualquier tipo social consagrado en el Código de Comercio, formas a las cuales se hará referencia más adelante.

La legislación, si bien no establece la forma social idónea para las sociedades de economía mixta, muestra una clara tendencia hacia las sociedades de capitales, con disposiciones que regulan aspectos exclusivos de éstas formas sociales.

El artículo 465 del Código de Comercio regula expresamente lo relativo a la emisión de acciones de sociedades de economía mixta: “Las acciones de las sociedades de economía mixta cuando se tratare de anónimas, serán nominativas y se emitirán en series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas”. Así mismo, el artículo 99 de la Ley 489 de 1998 hace referencia a la representación de las acciones de la Nación y de las entidades públicas cuando éstas tengan participación en una sociedad de economía mixta.

Como antecedentes importantes que sustentan lo anteriormente planteado, encontramos el proyecto de reforma al Código de Comercio de 1958, donde se tenía el criterio de que las sociedades de economía mixta debían constituirse y funcionar como sociedades anónimas, por eso se habló en los artículos 676 y siguientes del proyecto, de sociedad anónima y de acciones con series distintas para cada entidad de derecho público asociada y para los accionistas particulares. Sin embargo, “en la revisión final del Proyecto de 1958 se eliminó, la idea de que la sociedad de economía mixta se constituyera siempre en forma anónima; así es



como en el artículo 465 del Código de Comercio está implícita la idea contraria y por eso se distingue el caso o se prevé la hipótesis de que las sociedades de economía mixta sean constituidas como anónimas”<sup>239</sup>.

El Decreto Ley 130 de 1976, derogado por la Ley 489 de 1998, hacía referencia entre otros aspectos, a la suscripción de acciones, y a todas las operaciones correspondientes que giraban alrededor de éstos títulos, dando un tratamiento propio del régimen de la sociedad anónima. Pero no obstante que el régimen al cual se ajustaban mejor las normas del Decreto 130 era el de la sociedad anónima, al hablar indistintamente de acciones o cuotas, se dejó a salvo la posibilidad de que para una sociedad de economía mixta se pudiera adoptar el régimen de otro tipo de sociedad comercial.

Así mismo, el artículo 428 del Código de Comercio que fue derogado por la Ley 222 de 1995, establecía una restricción del derecho a voto en las sociedades anónimas, que era aplicable en las sociedades de economía mixta cuando la participación estatal era menor del 50% del capital social. Y en el Decreto 1958 de 1993, se encuentra reglamentada la inscripción en bolsa de las acciones de sociedades de economía mixta.

El Consejo de Estado no se ha apartado de ésta concepción, y en Concepto del 19 de Abril de 1993, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, reconoce como máximo órgano de las sociedades de economía mixta a la Asamblea General de accionistas, y hace referencia al representante de las acciones del Estado.

Sin embargo legalmente sigue abierta la opción de escogencia entre los tipos sociales consagrados en el Código de Comercio, lo que no significa que se pueda descartar la hipótesis de plantear a la sociedad anónima como el tipo social idóneo para las sociedades de economía mixta, postulado que implica el análisis previo de

---

<sup>239</sup> *Ibidem.* 320 p.

los otros tipos sociales.

## **11.2 TIPOS SOCIALES REGULADOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**

Las sociedades responden a la necesidad de crear formas organizadas de productividad, para hacer más efectivas las actividades comerciales que se desarrollan en la economía. A través de los diferentes tipos sociales, se reducen costos para el empresario individual y se organizan estructuras que impulsan la explotación comercial, generando empleo y progreso.

De acuerdo al Principio de Tipicidad imperante en Colombia, sólo es posible adoptar las formas sociales establecidas en la Legislación Mercantil. Teniendo en cuenta las características de cada una de ellas, se observa que al momento de conformarse una sociedad se consideran sus características, las necesidades que se tienen respecto de la empresa que va a desarrollarse, el entorno y los objetivos de la compañía, para escoger así el tipo de sociedad que más sea útil.

La Sociedad Colectiva, la Sociedad Anónima, la Sociedad en Comandita Simple y por Acciones y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, se constituyen en las principales herramientas a través de las cuales se desarrollan las actividades comerciales en Colombia y se explotan los diferentes campos de la economía.

**11.2.1 Sociedad Colectiva.** Es la forma de asociación más antigua que existe, estando regulada por el Código de Comercio y en algunos aspectos por la Ley 222 de 1995. Se caracteriza por ser de tipo personalista, es decir, aquellas en las que las calidades de las personas que conforman la sociedad son relevantes para el desarrollo de la empresa.

El hecho de que haya una intercomunicación patrimonial entre la sociedad y los

socios, que se traduce en una responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada<sup>240</sup> donde se compromete el patrimonio personal porque se va mas allá del aporte; y que exista también un régimen de administración en el que se ven involucrados todos y cada uno de los asociados, hacen de esta forma social un tipo ideal para desarrollar empresas pequeñas, medianas o de carácter familiar en donde prima la confianza e idoneidad de los miembros.

Puede utilizarse en empresas donde el riesgo no sea muy grande, ya que se podría llegar a ver afectado el patrimonio personal, pero al mismo tiempo, está la confianza que por este hecho de garantía se genera frente a terceros, para la realización de negocios y obtención de créditos.

La administración conjunta permite que los socios realmente estén vinculados con el funcionamiento de la sociedad, para así generar entre ellos un ambiente de cooperación en pro del desarrollo de la compañía, existiendo un interés general y una influencia directa que facilita controlar éste aspecto.

La principal trascendencia económica de este tipo social se ve reflejada en la responsabilidad de los socios, ya que es ésta la que determina en gran medida la forma de capitalización de la empresa y el tipo de objeto al cual irá dirigido.

En primer lugar, el hecho de que exista una mayor responsabilidad por parte de los socios, permite un acceso más fácil al crédito para lograr conseguir recursos para la compañía. Esto se debe a que hay una mayor garantía para el pago de las obligaciones porque los socios pueden llegar a ser requeridos para el cumplimiento en caso de que la sociedad no pueda hacerlo, cubriendo con su patrimonio

---

<sup>240</sup> Como lo plantea José Ignacio Narváez García en su libro "Tipos de Sociedades", esa responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada, se traduce en:

*Solidaridad:* los acreedores sociales pueden exigir de uno o más socios, la totalidad de la deuda u obligación contraída por la sociedad.

*Subsidiaria:* se debe demostrar que la sociedad ha sido requerida inútilmente para el pago.

*Ilimitada:* los socios responden más allá de su aporte.

cualquier déficit que pueda presentarse.

Aunque lo anterior puede llegar a ser una ventaja, también puede generar detrimento en los estados de las empresas, ya que los intereses de las deudas adquiridas muchas veces pueden convertirse en pasivos extremadamente altos que ponen en riesgo la estabilidad financiera de la compañía.

El hecho de que se ponga en riesgo el patrimonio personal, no permite que en este tipo de sociedad se desarrollen grandes empresas, sino que por el contrario, se tiende en ella por la pequeña y mediana empresa generalmente de carácter familiar o de amistad donde los vínculos son estrechos ya que al ser el riesgo alto, se propende por un acercamiento entre los socios con el fin de evitar cualquier actuación económica por parte de alguno de ellos que pueda perjudicar a los demás.

11.2.1.1 Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta. La sociedad colectiva es un tipo social caracterizado por el logro del objeto social mediante los estrechos vínculos de confianza que se generan entre los socios, cuyas calidades son fundamentales. Las sociedades de economía mixta por su parte, buscan el desarrollo de su objeto por medio de la combinación de aportes de naturaleza pública y privada, sin darle trascendencia al establecimiento de relaciones cercanas con sus socios.

La sociedad colectiva es de tipo personalista, es decir, de aquellas en que las calidades de los socios son relevantes para el desarrollo del objeto social de la compañía. La responsabilidad ilimitada que asumen los asociados en las sociedades colectivas se deriva de las relaciones de confianza que entre ellos existe, relaciones que no se encuentran en las sociedades de economía mixta, pues el particular conoce que se asocia con el Estado pero no las calidades de sus representantes, quienes son los que guiarán la empresa que ha de desarrollar la

sociedad, de tal manera que no se les podría exigir hacer un voto de confianza que comprometa ilimitadamente su patrimonio.

Una sociedad de economía mixta en la cual se ven involucrados recursos públicos, no permite que el Estado asuma una responsabilidad ilimitada, ya que en caso de que la compañía fracase, se generarían consecuencias económicas desfavorables para las finanzas públicas, lo cual en lugar de favorecer la economía, traería más deudas y problemas para el país.

El desarrollo de servicios públicos o de actividades industriales y comerciales que benefician la economía nacional, es una empresa de gran envergadura que generalmente está acompañada de una considerable inversión de capital así como de un alto riesgo, por lo que la utilización de este tipo social no parece ser conveniente.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que al poderse ejercer la administración, fiscalización y representación legal por parte de todos los socios, no existe la seguridad jurídica que requiere el desarrollo de intereses generales, ya que cada socio podría comprometer a la sociedad en negocios que podrían resultar desfavorables, y en esa medida no existiría la certeza de que la compañía se está dirigiendo hacia unas finalidades comunes.

**11.2.2 Sociedad en Comandita.** Este tipo de Sociedad se puede considerar de carácter mixto, ya que le son aplicables tanto normas de la Sociedad Colectiva como de la Anónima y de la de Responsabilidad Limitada. Puede ser de dos clases: Comandita Simple o Comandita por acciones, de acuerdo a si su capital está dividido en cuotas o acciones para los socios comanditarios, quienes responden hasta por el monto de sus aportes y que junto a los socios gestores que responden ilimitadamente y son los encargados de la administración, conforman ésta forma social en la que coexisten asociados de calidades diferentes.

La doctrina comparte la idea de que es un tipo ideal en el que confluye trabajo (gestores) y capital (comanditarios) satisfaciéndose las necesidades de uno y otro socio, ya que los gestores llevan la administración de la sociedad sin ningún tipo de interferencia y sin que al aumentarse el capital puedan llegar a perder el control; y los comanditarios realizan una inversión de la que pueden salir muy beneficiados, limitando su responsabilidad al aporte que realizan y pudiéndose dedicar a otras actividades al no tener que estar personalmente al frente de la dirección de la empresa porque esa función la cumplen los gestores.

Este tipo de sociedad puede llegar a tener diversas utilidades, tal como lo plantea en los siguientes términos el Doctor José Ignacio Narváez en su libro referente a los Tipos de Sociedades: “son instrumentos muy eficaces para precautelar e incrementar patrimonios de familia porque los padres asumen la posición de gestores y los hijos la de comanditarios; así como también por ejemplo, una comandita por acciones puede llegar a facilitar a sociedades medianas en expansión recurrir a la suscripción pública de capitales por medio de las acciones sin que fundadores o administradores pierdan el control de la sociedad”<sup>241</sup>.

La referencia a la diferente normatividad que se aplica, se concreta en la aplicación subsidiaria cuando no hay norma específica de las reglas de la Sociedad Colectiva para los socios gestores, las de la Sociedad Anónima para los socios comanditarios en la en Comandita por Acciones y las de la Sociedad de Responsabilidad Limitada para los mismos en la Comandita Simple. Como lo plantea el Doctor Gabino Pinzón, “es una sociedad parcialmente abierta, dada la concurrencia de los socios comanditarios”.

En síntesis, las Sociedades en Comandita permiten conjugar aspectos fundamentales para el éxito de una empresa, pudiendo ser utilizadas tanto para sociedades pequeñas como para aquellas de mayores dimensiones.

---

<sup>241</sup> NARVÁEZ GARCIA Jose Ignacio. Tipos de Sociedades, Bogotá: Editorial Legis, 1998. p. 115

11.2.2.1 Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta. Tampoco parece viable que las sociedades de economía mixta adopten la forma de sociedades comanditarias en razón de los dos tipos de socios que la conforman. Este tipo social deja ver su limitación en la medida que el Estado debe adoptar en caso de conformar la sociedad de economía mixta bajo esta forma, una de dos calidades: o ser socio gestor administrando la sociedad y comprometiendo ilimitadamente su patrimonio, o ser socio comanditario limitando su responsabilidad pero viendo restringida su capacidad para administrar.

Al asociarse con el particular, el Estado busca equilibrar cargas en el desarrollo de empresas sociales y en esa medida no le es prudente comprometerse ilimitadamente ni dejar al arbitrio de los particulares el manejo de la sociedad, ya que en este último caso el Estado simplemente estaría interviniendo en la economía de forma representativa, porque las decisiones trascendentales del funcionamiento de la sociedad estarían a cargo de personas ajenas a la misión que se espera cumplir con la compañía.

**11.2.3 Sociedad de Responsabilidad Limitada.** Es el tipo social más moderno ya que su nacimiento obedece a necesidades de las compañías que las demás formas sociales no estaban cubriendo. “Se necesitaba una sociedad de base capitalista para ofrecer una firme garantía a los terceros y para poder limitar la responsabilidad de sus partícipes a las aportaciones; y por otro lado, precisaba una dirección personal y una estructura que descansase en una base de confianza y de consideración a las calidades personales de los socios”<sup>242</sup>; se encuentra regulada en el Código de Comercio, la Ley 6 de 1992 y la Ley 222 de 1995, entre otras.

Esta sociedad tiene elementos tanto de los tipos personalistas como de los

---

<sup>242</sup> LEAL PEREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales, Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2001

capitalistas: su capital se encuentra dividido en cuotas de igual valor que no son libremente negociables y que se ceden de acuerdo a lo previsto en la ley o en los estatutos, pero por las cuales se responde hasta el monto del aporte salvo en los casos que existan deudas fiscales u obligaciones laborales; la administración de los negocios sociales corresponde a todos los socios.

De acuerdo a como fue regulada, se encuentra que en algunos aspectos se da la posibilidad de elección para los socios haciéndola menos rígida y favoreciéndose así la inclinación actual de la pequeña y mediana empresa para adoptar este tipo de sociedad, ya que con una limitación de riesgo por las cuotas adquiridas se puede intervenir directamente en el funcionamiento de la sociedad para orientarla hacia la adecuación de las necesidades de la empresa; además, si se tiene en cuenta que hay un número máximo de asociados (25) establecido en la ley, nos encontramos frente a un tipo donde se busca mantener el equilibrio entre los riesgos limitados y la relación de confianza entre los miembros.

Es un tipo social que permite combinar la limitación de la responsabilidad con la dirección personal de la compañía, generando a los socios un riesgo que no es desmedido y facilitando el éxito de la compañía por una gestión personal y directa que compromete a los socios en la actividad empresarial.

Su capital – como se señaló anteriormente -, se encuentra dividido en cuotas y debe pagarse íntegramente al constituirse la compañía, lo que genera un ámbito de certeza desde el inicio para los acreedores que conocen cual es el respaldo con el que cuenta la sociedad para el cumplimiento de sus obligaciones. Esto facilita la adquisición de recursos pero al igual que en la sociedad colectiva, el hecho de que las cuotas no sean libremente negociables puede tornar rígida una posible movilidad del capital para desarrollar la compañía.

No estamos frente a una estructura societaria tan compleja como la anónima, lo cual facilita su funcionamiento y conformación para la explotación mercantil,



reduciendo sus costos y haciéndola efectiva.

11.2.3.1 Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta. La combinación de elementos de las sociedades de capital y las sociedades de personas, facilita la administración de la sociedad a través de un gerente designado por los socios, con una limitación de responsabilidad de acuerdo a las cuotas que se posea, las cuales determinarán también el número de votos a que cada asociado tiene derecho para la toma de decisiones. Estas características le permiten al Estado intervenir en la economía a través de las sociedades de economía mixta de una forma segura y efectiva.

**11.2.4 Sociedad Anónima.** En el extremo opuesto de la Sociedad vista inicialmente, se encuentra la Sociedad Anónima como pilar fundamental de los tipos capitalistas, que tiene en cuenta por sobre las calidades de los asociados, el capital que las conforma.

Está consagrada en diferentes disposiciones como lo son el Código de Comercio, la Ley 222 de 1995, la Ley 446 de 1998 y algunas resoluciones de la Superintendencia de Sociedades. Se caracteriza fundamentalmente, por “conformarse de la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes” (artículo 373 Código de Comercio), hecho que hace que sea un tipo utilizado para el desarrollo de grandes empresas porque se adecua a las necesidades de los mercados modernos, en donde la producción es de gran magnitud y los riesgos que se corren buscan ser minimizados, facilitándose a los empresarios un mecanismo en el que no ponen en riesgo su patrimonio personal porque hay certeza del límite de responsabilidad hasta su aporte y por medio del cual pueden diversificar sus inversiones.

El capital se encuentra dividido en títulos de igual valor denominados acciones, que otorgan entre otros derechos, la capacidad de deliberar y/o participar en la

toma de decisiones, y en la repartición de utilidades de acuerdo a la cantidad que de éstas tenga cada socio por su aporte. Estos títulos son libremente negociables, es decir, que a diferencia de la Sociedad Colectiva en donde la negociabilidad de una parte de interés requiere de aprobación unánime para que pueda entrar un nuevo socio que la adquiere, en la Sociedad Anónima puede existir un constante cambio en los titulares de las acciones, lo que hace que entre los socios exista un ambiente impersonal pero que facilita la constante capitalización de la empresa con suscripción de nuevas acciones.

De acuerdo al artículo 376 del Código de Comercio, al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos de 50% del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción que se suscriba; al darse a conocer el capital autorizado se deberá indicar, a la vez, la cifra del capital suscrito y la del pagado.

El capital autorizado se entiende como aquel señalado en los estatutos por los accionistas y el cual constituye la meta de acciones que habrán de suscribirse en un periodo más o menos largo. Por su parte, el capital suscrito, hace referencia a la cantidad de acciones que los socios han adquirido ya sea a través del pago inmediato o con la obligación de cubrirlas con un aporte posterior; finalmente, el capital pagado, es aquel monto que efectivamente recibe la sociedad por las acciones suscritas.

Un aspecto claro de este tipo social, es el que plantea el profesor Gabino Pinzón en su obra Tipos de Sociedades, dilucidando que “la Sociedad Anónima como instrumento de la grande empresa, puede adquirir con facilidad un considerable poderío económico que puede hacer de ella un gran campo de inversión no solamente para los capitales de especulación, sino así mismo para que los capitales más pequeños y de ahorro aprovechen las ventajas de su organización, dirección y financiación de las grandes empresas”. A diferencia de las Sociedades

de Personas, pueden llegar a formar parte de las Anónimas, los incapaces cuando actúan a través de sus representantes legales porque no están comprometiendo todo su patrimonio personal sino la parte que adquieren<sup>243</sup>.

Se encuentra que este tipo de sociedad por su magnitud, puede llegar a ser una fuente de empleo que colabore con las necesidades del país al estar más personas protegidas bajo el régimen laboral, pero también no se debe desconocer que es una estructura más compleja y costosa que las demás formas asociativas, por los diferentes órganos que debe tener.

11.2.4.1 Utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta. De acuerdo a lo visto anteriormente, se entiende que las sociedades de economía mixta son un tipo de compañía que puede adoptar las diferentes formas sociales. Sin embargo, el criterio de elección se encuentra restringido por sus características, de tal forma que los tipos sociales admitidos son las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, siendo entre éstas la sociedad anónima la de mayor acogida.

Se observa pues, una evolución generalizada de las sociedades de economía mixta dentro del marco de las sociedades de capitales como formas que permiten diferenciar un aspecto esencial: la participación de capital público y privado, y, por consiguiente, una responsabilidad que no implica mayores riesgos para el Estado ya que ésta es proporcional a su aporte.

La estructura de la sociedad anónima, permite claramente diferenciar órganos y funciones, lo cual le da mayor organización a la compañía y seguridad jurídica en cada operación que desarrolle. En la Sociedad Anónima, encontramos 4 órganos para su funcionamiento:

---

<sup>243</sup> CODIGO DE COMERCIO. Artículo 103.

**a) Asamblea General de Accionistas.** Es el órgano de dirección de la Sociedad Anónima. La constituyen los accionistas reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en los estatutos o en la ley. Sus funciones establecidas en el artículo 420 Código de Comercio, giran en torno a la adopción de medidas tendientes a proteger el interés social y mantener el adecuado funcionamiento de la Sociedad. Las reuniones de la Asamblea pueden ser ordinarias (por lo menos una vez al año), o extraordinarias, ya sea para examinar la situación de la Sociedad o cuando lo exijan necesidades imprevistas o urgentes. Para que pueda reunirse, debe darse una convocatoria hecha en la forma prevista en los estatutos o en la ley.

**b) Junta Directiva.** Es el órgano de administración de la Sociedad Anónima. Deberá ser integrada con no menos de tres miembros, los cuales tendrán su respectivo suplente y serán elegidos por la Asamblea General para periodos determinados y por cuociente electoral, sin perjuicio de que puedan ser reelegidos o removidos libremente por la misma Asamblea. La Junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipule un quórum superior. La Junta podrá ser convocada por ella misma, por el representante legal, por el revisor fiscal o por dos de sus miembros que actúen como principales. Las funciones de la Junta generalmente están establecidas en los estatutos, pero cuando no se fijan, se presume que tendrá las atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines. La administración como función principal de este órgano, gira en torno al desarrollo de las actividades de la empresa.

**c) Representante Legal.** De acuerdo a como lo establece el artículo 440 del Código de Comercio, es obligatorio que la Sociedad Anónima tenga por lo menos un Representante Legal con uno o más suplentes, designados por la Junta

Directiva para periodos determinados, y los cuales pueden ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo (esta designación puede delegarse a la Asamblea por estatutos). Generalmente, el Representante legal es el Gerente de la compañía. Debe inscribirse su designación en el Registro Mercantil, quedando entonces como representante de la Sociedad para todos los efectos legales hasta que no se cancele su inscripción con el registro de un nuevo nombramiento.

Sus funciones deben estar determinadas en los estatutos, pero en caso de no decirse nada se da lugar a la aplicación del inciso 2º del artículo 196 del Código de Comercio, en el que se establece que “podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de la sociedad”. Es decir, dirige la empresa tanto en sus relaciones internas como en las relaciones con el mundo exterior.

**d) Revisoría Fiscal.** Es el órgano de fiscalización de la Sociedad Anónima. De acuerdo con el artículo 203 del Código de Comercio, las sociedades por acciones están obligadas a tener revisor fiscal, cuya función principal es vigilar la actividad de los administradores y el correcto funcionamiento de la Sociedad. Será elegido por el voto mayoritario de la Asamblea o de la Junta Directiva, según como se determine en los estatutos, por un periodo igual al de ésta última sin perjuicio de que pueda ser removido en cualquier tiempo con el voto de la mitad mas una de las acciones presentes en la reunión.

“La concurrencia de capital oficial con el capital privado en una sociedad de capitales – caracterizada por la limitación de responsabilidad de los socios a su aporte al fondo social – implica una gestión compartida de los negocios, mediante un adecuado sistema de administración en el cual, como queda dicho, se haga abstracción de la calidad de las personas asociadas, para tener solamente en cuenta la nivelación producida por el capital, sin privilegios especiales que

ahuyenten en lugar de atraer el capital privado, aunque sin mengua de la posición que corresponde al Estado en las empresas de interés general”<sup>244</sup>.

La sociedad anónima es por todas las razones anteriores, el tipo social más adecuado para las sociedades de economía mixta, ya que a través de una estructura determinada por la ley, se desarrolla el objeto social con la participación del Estado y los particulares en el capital en niveles de igualdad, representados por las acciones, que se convierten en instrumentos importantes para capitalizar la compañía en caso de que se requiera.

Finalmente, hay que tener en cuenta que es éste tipo social el que facilita en mayor medida la vinculación de las personas de derecho público, ya que es claro que cada entidad debe tener sus inversiones determinadas en cuanto a destinación y monto, lo que las acciones en que se divide el capital de las anónimas permite establecer porque puede definirse cuántas acciones y por cual valor va a ser la participación. Esto es importante en la medida que las inversiones están sujetas a autorizaciones y a presupuestos ciertos<sup>245</sup>.

### **11.3 LA ESCOGENCIA DEL TIPO SOCIAL COMO MECANISMO DE PODER**

Un aspecto importante que se deriva de escoger determinado tipo social, es el nivel de injerencia que pueden llegar a tener los socios para la toma de decisiones en desarrollo del objeto social.

El Estado tiene claro que al invertir recursos en una sociedad de economía mixta, no sólo está poniendo en riesgo su patrimonio, sino que al mismo tiempo existe un interés general involucrado que debe ser protegido. Es por esta razón, que debe ser muy cuidadoso al escoger el tipo social, ya que aunque debe participar con los

---

<sup>244</sup> PINZON, Gabino. Sociedades Comerciales, volumen II. Bogotá: Editorial Temis, 1989. p. 324.

<sup>245</sup> *Ibidem*. p. 319.

particulares en condiciones de igualdad debe poder tomar decisiones adecuadas cuando la situación lo requiera.

Lo anterior conlleva a una relación que no puede desconocerse en los negocios y más tratándose de una sociedad anónima (que como ya se dijo, se considera el tipo idóneo para las sociedades de economía mixta): aquel que posea el mayor porcentaje de capital, es el que va a poder determinar la dirección de las decisiones que se tomen en la compañía.

Al ser la Asamblea General de Accionistas el órgano de dirección de la sociedad anónima y por consiguiente, el ámbito donde se toman las decisiones trascendentales para la empresa, es claro que aquél que posea el mayor número de acciones podrá dirigir la sociedad hacia la finalidad que busca.

Esta es una herramienta útil que no debe desconocer el Estado, ya que si tiene una participación mayoritaria en el capital - así la totalidad de las acciones que posee no se encuentren en cabeza de la misma entidad -, diseñando un plan estratégico hacia el cual desea dirigir la sociedad, podrá poner en marcha sus proyectos logrando los objetivos que se buscan con una sociedad de economía mixta, es decir, logrará un beneficio para la economía nacional satisfaciendo al mismo tiempo un interés general.

Una sociedad de tipo personalista limitaría éstas posibilidades, ya que la toma de decisiones está a cargo de todos los socios, lo cual no permitiría en las sociedades de economía mixta una mayoría con fines específicos y el Estado se vería sometido necesariamente a las intenciones de los particulares en cuanto la dirección de la empresa.

## 11.4 CONCLUSIÓN

De acuerdo con la regulación actual sobre sociedades de economía mixta, tanto la Ley 489 como el Código de Comercio establecen que estos organismos se constituyen bajo la forma de sociedades comerciales, sin determinar el tipo social que deben adoptar, lo cual hace prever que la escogencia debe ser cuidadosa en la medida que es de ésta, de donde parten todas las características que van a ser la base del desenvolvimiento de los negocios sociales y de las relaciones entre el Estado y los particulares.

Aunque es cierto que no se determina un tipo social idóneo para las sociedades de economía mixta, la legislación y jurisprudencia actual, así como los antecedentes de normatividades que regularon en algún momento éstas sociedades, muestran una clara tendencia hacia las sociedades de capitales al establecer disposiciones que regulan aspectos exclusivos de éstas formas sociales, lo cual no obsta para que legalmente siga abierta la opción de escoger entre los tipos sociales consagrados en el Código de Comercio.

De acuerdo al Principio de Tipicidad imperante en Colombia, sólo es posible adoptar las formas sociales establecidas en la Legislación Mercantil, entonces en la medida que se quiera conformar una sociedad, se deben analizar las características de los diferentes tipos con el fin de encontrar aquel que se adapte de mejor manera a las necesidades y objetivos de la compañía.

En la actualidad, existen cuatro tipos sociales que van del extremo personalista con la sociedad colectiva, al extremo capitalista con la sociedad anónima, pasando por matices intermedios como la sociedad en comandita, o menos rígidos como la sociedad de responsabilidad limitada.

En la sociedad colectiva las calidades de las personas que conforman la compañía



son relevantes para el desarrollo de la empresa, de ahí su calificación de pilar de las sociedades personalistas. Como consecuencia de lo anterior, hay una estrecha intercomunicación patrimonial entre la sociedad y los socios, que se traduce en una responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada donde se compromete el patrimonio personal incluso mas allá del aporte realizado.

La utilización de este tipo social en las sociedades de economía mixta no parece ser conveniente en la medida que el desarrollo de servicios públicos o de actividades industriales o comerciales son empresas que exigen la inversión de un considerable capital por su magnitud, con lo cual, no es posible que el Estado entre a comprometer su patrimonio de una manera ilimitada ya que debe cumplir sus finalidades pero siempre dentro de un marco de prudencia y responsabilidad.

La sociedad en comandita puede ser simple o por acciones, ya sea que su capital se encuentre dividido en cuotas o acciones, lo cual determina la calidad de socio gestor que responde ilimitadamente y es el encargado de la administración, o de socio comanditario que responde hasta por el monto de sus aportes y que junto con el anterior conforman éste tipo social. Respecto a la aplicación de esta forma social en las sociedades de economía mixta, de acuerdo a la clasificación de los socios vista, se observa que no es muy viable debido a que el Estado al asociarse con el particular busca equilibrar cargas y no desentenderse por completo del negocio o responder por él y comprometerse ilimitadamente.

En la sociedad de responsabilidad limitada, se encuentran elementos tanto personalistas como capitalistas, lo que la convierte en una forma social moderna y más adaptable a las necesidades actuales de los empresarios. Su capital se encuentra dividido en cuotas que no son libremente negociables pero por las cuales se responde hasta por el monto del aporte, correspondiendo la administración de los negocios sociales a todos los socios, y combinándose así la dirección personal de la compañía con la limitación de responsabilidad. Todas estas características permiten que las sociedades de economía mixta participen en

la economía de una forma segura y viable, por lo cual es una posible alternativa de tipo social para escoger.

Por último, encontramos a la sociedad anónima que se caracteriza por conformarse de la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; su capital se encuentra dividido en acciones, que son títulos de igual valor que otorgan derechos políticos y la posibilidad de participar en la repartición de utilidades de acuerdo a la cantidad que de éstas tenga cada socio en su aporte. En la sociedad anónima existen cuatro órganos para su funcionamiento: la asamblea general de accionistas que es el órgano de dirección, la junta directiva que es el órgano de administración, el representante legal y la revisoría fiscal que es el órgano de fiscalización.

En la actualidad la totalidad de las sociedades de economía mixta del orden nacional existentes en el país, son sociedades del tipo de las anónimas<sup>246</sup>, lo cual nos permite afirmar que es ésta forma social la de mayor escogencia en cuanto le facilita al Estado alcanzar de la manera más adecuada sus finalidades, dentro de un marco de responsabilidad que no implica mayores riesgos que los determinados por el nivel de su aporte, y que desarrolla el objeto social en niveles de igualdad con los particulares.

Ahora bien, todo el análisis sobre los diferentes tipos sociales nos lleva a una importante conclusión: de la forma social que se adopte, dependerá el nivel de injerencia de los socios en las decisiones de la compañía. Esto es relevante en la medida que el Estado al unirse con los particulares no solamente tiene una finalidad lucrativa con el negocio, sino que también involucra finalidades estatales que deben ser desarrolladas por el objeto social de la compañía; no se trata solamente de preservar un patrimonio sino que hay un interés general que debe ser protegido y por lo tanto, su participación le debe permitir encaminar las

---

<sup>246</sup> En esta misma obra véase numeral 14.2.2

decisiones cuando se requiera, al cumplimiento de esos fines.

## **CAPITULO XII**

### **12. EL CAPITAL SOCIAL EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

De forma genérica se afirma que una de las características de las sociedades de economía mixta es la unión de capital público y privado para el desarrollo de la empresa social, postulado que en estricto sentido no es preciso, en la medida que tanto en éstas sociedades como en las otras contempladas en el Código de Comercio existirá sólo un capital social, formado para el caso de las sociedades de economía mixta por aportes de carácter público y privado.

Sin duda la conformación del capital de las sociedades de economía mixta comporta un carácter especial que se expresa en la calidad de sus aportes, pero que se adiciona con la definición y características de capital dadas por la ley mercantil, debido a la remisión que legalmente se hace respecto del régimen jurídico aplicable en esta clase de sociedades. Esta circunstancia implica que deba hacerse referencia a las disposiciones mercantiles relacionadas con el concepto de capital y aportes sociales, que son las que en principio están llamadas a regir estos aspectos en una sociedad de economía mixta y que luego de su estudio deben ser relacionadas con las propiedades de ellas.

#### **12.1 NOCIÓN DE CAPITAL SOCIAL**

Tal como lo afirma el doctor José Ignacio Narváez<sup>247</sup> "el capital es ante todo un concepto jurídico y no significa ni un bien ni un conjunto de bienes, sino la medida de valor de la totalidad de los bienes aportados por los socios. Así mismo, puede afirmarse que es una cifra matemática, cuyos aumentos o disminuciones son

---

<sup>247</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano, Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Bogotá: Editorial Legis, 1998. p. 198

independientes del éxito de los negocios sociales (.....) El capital es también un concepto contable” y dentro del patrimonio neto el capital es un monto invariable<sup>248</sup>.

Capital y patrimonio no son conceptos equivalentes, sin embargo pueden coincidir al momento de constituirse una sociedad, teniendo claro que esto no es una regla inexorable, porque si se han aportado especies por debajo del valor comercial, desde el comienzo habrá un mayor valor que aumenta el patrimonio inicial; y si los aportes son sobrevalorados, o por los gastos de constitución e instalación se computan como un pasivo diferido, el patrimonio inicial será inferior al capital<sup>249</sup>.

En este orden, capital es una noción que hace referencia a la suma dineraria resultante de los aportes realizados por socios, que como bien lo afirma el doctor Narváez no significa un bien o conjunto de bienes, por lo que no resulta preciso hablar de capital público y privado, sino de un capital social integrado por aportes de naturaleza pública y privada en el caso de las sociedades de economía mixta.

## **12.2 APORTES**

La noción de capital remite necesariamente al concepto de aportes sociales, los cuales son un requisito de existencia de cualquier sociedad<sup>250</sup>, en la medida en que mediante ellos dos o más personas buscan desarrollar un objeto social, adquiriendo quienes están comprometidos en la gestión de la empresa el carácter de socio.

El concepto de aportes hace referencia a la prestación de algo que tenga valor de

---

<sup>248</sup> DECRETO 2649 DE 1993. Artículo 83: “el capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirva de garantía para los acreedores”.

<sup>249</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano, Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Bogotá: Editorial Legis, 1998. p. 197

<sup>250</sup> CODIGO DE COMERCIO. Artículo 98

cambio y valor de uso, dado o hecho por los asociados en favor de la compañía<sup>251</sup>; concepto que bajo el esquema normativo de una sociedad mercantil trae consigo la correlativa obligación de realización de tales prestaciones.

Desde esta perspectiva se han distinguido dos clases de aportes, cuyas connotaciones deben ser analizadas en la medida que el régimen jurídico de estos es aplicable a las sociedades de economía mixta y que resulta pertinente estudiar ya que existen importantes cuestionamientos que se pueden plantear respecto de las disposiciones mercantiles en este tema y su aplicación en las sociedades mencionadas.

**12.2.1 Aportes en Industria.** El interrogante se plantea, en especial en lo que hace referencia a los aportes en industria y la posibilidad de su existencia en las sociedades de economía mixta; por lo que para su solución empezaremos planteando el concepto y las características de este tipo de aportes.

12.2.1.1 Concepto y características. Los aportes en industria consisten en obligaciones de hacer tales como los conocimientos, la tecnología, la asistencia técnica, la prestación de una actividad personal o fuerza de trabajo; prestaciones que pretenden lograr el desarrollo de la empresa social.

El aporte en industria tiene dos características importantes: la primera es la temporalidad, pues el aporte está circunscrito a la duración de la sociedad o al ciclo vital del asociado, ya que, muerto o incapacitado no puede realizarse este aporte. La segunda es la no negociabilidad mientras no se ha cumplido, puesto que se basa en las aptitudes y cualidades personales del aportante<sup>252</sup>.

Estas dos propiedades tienen una implicación importante, consistente en la

---

<sup>251</sup> Ibidem., p. 125

<sup>252</sup> Ibidem., p. 127

imposibilidad de éste tipo de aporte de integrar el capital social. Así lo dispone el artículo 137 de Código de Comercio: “podrá ser objeto de aportación la industria o el trabajo personal de un asociado, sin que tal aporte forme parte del capital social”.

El aporte en industria tiene dos modalidades; la primera hace referencia a la estimación de un valor determinado del aporte, el cual se considera cumplido de forma sucesiva, de acuerdo con artículo 138 del Código de Comercio: “por la suma periódica que represente para la sociedad el servicio que constituya el objeto de su aporte”. Esta modalidad es posible que en las sociedades por acciones sea capitalizada.

La segunda, es la de aporte en industria sin estimación de su valor, que es compensado al final de cada ejercicio con utilidades en el porcentaje estipulado o a falta de pacto, en la misma participación que sobre ellas pudiese tener el socio que hubiere realizado el mayor aporte de capital a la sociedad. Para esta modalidad dispone el artículo 138 del Código de Comercio que “no se podrá redimir o liberar cuotas de capital”, por la realización del aporte, es decir, que no existe la posibilidad como en el caso anterior, de que en dadas circunstancias se integre el capital social.

Los aportes en industria dan el carácter de socio a quienes lo realizan, pero en la medida en que las prestaciones que se hacen no van al fondo social, no se liberan partes alícuotas del capital, ya sea en acciones, partes de interés o cuotas; sus derechos tienen unas características especiales frente a los de los socios que realizan aportaciones en dinero o especie que sí integran el capital de la sociedad.

Los derechos de los asociados que realizan aportes en industria de acuerdo a la normatividad vigente, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. Asistir a las asambleas generales de accionistas o las juntas de socios, teniendo derecho a voz, pero no a voto, restricción que resulta del hecho de que este tipo de aporte no integra el capital social. Solo se necesita su consentimiento en el caso de modificar o acabar con alguno de los derechos pactados a su favor.

b. Tiene derecho a participar en las utilidades de cada ejercicio en el porcentaje estipulado y en caso contrario, en el establecido en la ley. De igual forma también participa en las pérdidas, ya que en caso de que la compañía sufra algún quebranto perderá la actividad realizada.

c. Al momento de liquidarse la sociedad el socio queda liberado de seguir cumpliendo con las obligaciones de hacer y tiene derecho a participar en cualquier superávit producido o acumulado durante el tiempo que estuvo asociado.

d. En caso de retiro del socio se siguen los lineamientos dados en el literal anterior.

e. Puede ser administrador de la sociedad, teniendo voto cuando integra la junta directiva, en el ámbito de las facultades de este órgano administrativo, sin embargo, reiteramos que no tendrá voto en las decisiones que tome el órgano de dirección respecto de los negocios sociales.

La perspectiva planteada, es decir, las características de los aportes en industria, así como los derechos de los socios que lo realizan, nos lleva a preguntarnos respecto de la posibilidad de su existencia en una sociedad de economía mixta.

Las definiciones legales de las sociedades de economía mixta hacen referencia a aportes de diferente naturaleza: pública y privada, sin especificar si necesariamente los aportes realizados deben ser de aquellos que integran el capital social o no.



Para la resolución del cuestionamiento planteado hay que realizar el análisis de distintas hipótesis. La primera está relacionada con la posibilidad de la constitución de una sociedad de economía mixta con sólo aportes de industria de naturaleza privada y pública, postulado que encuentra respuesta en la doctrina mercantil, en la que se considera que es indispensable para la constitución de una sociedad (no sólo de economía mixta) la concurrencia de prestaciones dinerarias o en especie que integren el capital social.

Un segundo interrogante se relaciona con la circunstancia de que el Estado realice aportes exclusivamente en industria, es decir, si es posible que el Estado sea un socio industrial en una sociedad de economía mixta dadas las implicaciones que tal carácter involucra.

Tafur Galvis ha contemplado esta posibilidad expresándose de la siguiente manera: “Entre nosotros se ha detectado que pueden existir sociedades (de economía mixta) en cuya dirección y gestión participe el Estado, aunque no exista aporte avaluado formalmente, ni detención de acciones en las cuales se divide el capital social”<sup>253</sup>. Para reforzar su postulado cita la sentencia de mayo de 1975 del Consejo de Estado en la que se afirmó que a pesar que el Estado se despojó de todas las acciones de su propiedad en el Banco de la República, por el carácter esencialmente intransmisible e inconfundiblemente estatal atribuido al Banco de la República, el gobierno no perderá sus prerrogativas y derechos.

Este postulado plantea que el Estado a pesar de no tener participación en el capital social, debe mantener la dirección de una actividad debido al carácter de interés general que ella involucra. Sin embargo, la dificultad de definir tal carácter en las actividades que realizan algunas sociedades de economía mixta es lo que dificulta la generalización de la admisibilidad del control estatal en las sociedades en las que éste no tiene participación en el capital o en la extensión de los derechos que

---

<sup>253</sup> TAFUR GALVIS, Álvaro. Las Entidades Descentralizadas. Bogotá: Editorial Temis, 1977. p. 153

consagra la ley mercantil ya mencionados para los socios que realizan aportes que no integran el capital social. Por ejemplo, no resulta lógico que el Estado deba seguir controlando las actividades que realiza el Hotel Tequendama que en la actualidad es una sociedad de economía mixta, si pierde su participación en el capital, pues no es posible equiparar la actividad de la industria hotelera, con la que desempeña el Banco de la República, en la cual el Consejo de Estado encuentra que el Estado debe seguirlo controlando debido al carácter que involucra las actividades que este realiza.

El cuestionamiento planteado debe resolverse desde una perspectiva que abarque los siguientes aspectos: en principio, la definición de sociedad de economía mixta contenida en la ley 489 de 1998 y en el Código de Comercio hacen referencia de manera general al término aportes de carácter público y privado, sin especificar si es viable dar cabida a la posibilidad de realizar aportes en industria por parte del estado; a renglón seguido se expone por los ordenamientos mencionados, los tipos de aportes que puede realizar aquél, los cuales no ostentan el carácter de industrial, sin embargo se ha aceptado que no es enumeración taxativa y por lo tanto es viable la realización de los diferentes aportes que consagra el Código de Comercio, dentro de los cuales se encuentran los de industria.

En este orden de ideas, la definición legal de las sociedades de economía mixta permite una interpretación limitada, en la medida en que se afirme que sólo es posible la realización de aportes que integren el capital social, ya que su integración mixta es lo característico de estas sociedades; o una amplia, en la que de acuerdo con los argumentos expuestos es permitido cualquier tipo de aporte de los aceptados por el Código de Comercio y por lo tanto, es viable el aporte en industria. Esta circunstancia nos lleva afirmar que sólo desde la perspectiva legal no es posible resolver el interrogante planteado.

Se tiene entonces que tener en consideración que el simple hecho de la realización

de aportes de naturaleza privada y pública no da lugar a una sociedad de economía mixta; ella no sólo es una combinación de aportes de distintas naturalezas, sino que su existencia implica además una decisión estatal. En este sentido se expresa Gaspar Caballero: “para nosotros, la simple intervención de capitales por parte del Estado a una compañía mercantil, sin haber influido aquel en su configuración jurídica a través del acto creador de naturaleza pública, no otorga la categoría de sociedad de economía mixta, ya que, como bien lo sostiene Felipe de Solá Cañizares para que exista una sociedad de este tipo no sólo es preciso que uno o varios entes públicos participen conjuntamente con personas privadas en la formación del capital, sino también en la administración de la sociedad<sup>254</sup> .

La unión de las características relacionadas con los aportes públicos y privados y su creación, la cual encuentra su sustento en una decisión estatal, permite plantear una visión de las sociedades de economía mixta desde la perspectiva de los fines estatales, es decir el Estado encuentra en ellas un medio para la realización de su finalidad, la cual desde la visión de la Constitución Política de 1991 está directamente relacionada con los deberes que le corresponden al Estado en razón de la fórmula “Estado social de derecho”, por lo que ésta sobrepasa el ámbito formal, para abarcar la solución real de los problemas relacionados con el campo social y económico.

Bajo la idea planteada las sociedades de economía mixta tienen un elemento adicional al ánimo de lucro buscado por los socios en las sociedades mercantiles, en la medida en que en ellas actúa el Estado, son un medio para alcanzar sus fines; pues son ellos los que justifican la intervención del Estado en un campo determinado.

---

<sup>254</sup> CABALLERO SIERRA, Gaspar. Las entidades descentralizadas en el derecho administrativo. Bogotá: Editorial Temis, 1972. p. 90 – 91

Los postulados anteriores implican que al Estado no le basta con la realización de una serie de aportes de distinta índole, sino que con miras a alcanzar los fines trazados constitucional y legalmente, le corresponde la guía de la sociedad, por lo que debe de una forma u otra participar en las decisiones que determinan el rumbo de la sociedad en la que participa.

Los aportes de industria no serían en principio viables de realizarse por parte del Estado, ya que, por las características propias de ellos no le permitirían ejercer el voto en el órgano de dirección de la sociedad. No es posible pensar al Estado como director en la búsqueda de sus fines mediante un medio, en este caso las sociedades de economía mixta, sin la posibilidad de hacer valer su opinión mediante el voto en el órgano de dirección de la sociedad.

Si bien el control de la dirección del ente social involucra varios aspectos como porcentajes de participación altos en el capital que permitan una mayor incidencia en las decisiones que se tomen y la intervención en la administración social, la posibilidad de votar respecto de las decisiones que han de guiar a la sociedad es el principio necesario para determinar su devenir.

La posibilidad que abrió el Consejo de Estado respecto del Banco de la República, en el que el Estado no tenía participación en el capital y mantenía su dirección debido a la naturaleza de la función que este desempeñaba, no puede ser la regla general.

En estricto sentido a las sociedades de economía mixta les corresponde el desarrollo de actividades de carácter industrial y comercial, que en principio eran desarrolladas por los particulares y que se someten al régimen comercial, por lo que si la participación en el capital no existe dado que se realizó un aporte en industria, su capacidad de dirección de la compañía va a ser poca, debido a los derechos limitados que tal aporte le otorga al socio que los realiza. Si su

participación es nula ya que pierde toda participación en el capital y no es un socio industrial, desde el derecho mercantil pierde toda injerencia en los negocios sociales, porque tal como se afirmó, no resulta lógico aseverar que en el momento en que el Estado deje de participar en una sociedad que tiene por objeto la prestación de servicios de hotelería deba conservar su administración, como sucedió en el caso del Banco de la República.

Si las sociedades de economía mixta son un medio para alcanzar fines estatales, en principio no sería factible la realización por parte del Estado de un aporte en industria, ya que le negaría la posibilidad de votar en el máximo órgano social y por lo tanto de decidir respecto de las medidas que deben guiar la sociedad. Decimos que en principio, puesto que como el parámetro es la posibilidad de dirección de la compañía, ya que mediante ella se buscan alcanzar fines estatales, sería viable pensar en la posibilidad de que el Estado participara en la administración social y que sus aportes fueren industriales a valor estimado y luego capitalizados, modalidad que permitiría el control de la compañía.

Por otra parte, debe también considerarse la circunstancia en la que los particulares realicen aportes en industria en una sociedad de economía mixta. Tal como lo afirmamos antes, de la definición legal de ésta clase de sociedades podría aseverarse en forma restringida que a pesar de que se hable legalmente de aportes de naturaleza privada y pública, ellos tienen que integrar el capital social, por lo que no podría pensarse una sociedad de economía mixta en la que el capital estuviera constituido por bienes de naturaleza pública exclusivamente. Sin embargo, también es posible sostener que legalmente sólo se exigen aportes de naturaleza pública y privada que bajo la regulación mercantil podrían ser de industria o de capital.

Se debe recurrir nuevamente a la razón de la existencia de las sociedades de economía mixta, que como anteriormente reiteramos, responde al cumplimiento de

fines de Estado, el cual, mediante estas sociedades se vale de un modelo que se caracteriza por la combinación de aportes provenientes del sector público y privado, sometido a las normas del derecho comercial para el logro de los objetivos que se le han trazado legal y constitucionalmente.

La importancia de la participación de los particulares en una sociedad de economía mixta debe ser analizada desde la perspectiva de las características propias de este modelo de gestión de los fines estatales, que puede considerarse idóneo para ello y cuya decisión de conveniencia estará en el ámbito de una decisión estatal.

En este orden de ideas, la participación del sector privado y público con el objeto de combinar esfuerzos para lograr un fin estatal es característica de un modelo de sociedad de economía mixta, como otros se distinguirán por la utilización exclusiva de recursos públicos en el orden de alcanzar una finalidad estatal.

Desde los postulados expuestos se debe tener claridad en que no es posible pensar en una sociedad de economía mixta con exclusiva participación privada o pública, pues es característica del modelo la conjunción de estos tipos de aportes. Sin embargo, entendiendo que son entes que están ligados al cumplimiento de fines estatales, en su desarrollo debe participar el Estado de manera predominante mas no exclusiva, de tal forma que se aprovechen las ventajas de la participación del sector privado.

De acuerdo con lo expuesto es posible plantear que en una sociedad de economía mixta existan socios particulares que realicen aportes en industria que implican una actividad de estos a favor de la empresa social, sin desnaturalizar el modelo de estas sociedades, ya que existe un aporte privado y por lo tanto un esfuerzo de este sector a favor del objeto social, el cual está ligado al cumplimiento de fines estatales, cuya realización le corresponde predominantemente al Estado y por lo tanto la dirección de éstas sociedades, postulado que se respeta cuando el

particular es un socio industrial.

Podría pensarse en el aporte de los particulares de ciertos conocimientos aplicados al desarrollo de una determinada actividad industrial y comercial realizada por una sociedad de economía mixta, y su participación en la administración social, como una estructura viable para ésta sociedad.

Por último, consideramos conveniente que si bien hemos admitido que jurídicamente es viable la realización de aportes de industria en una sociedad de economía mixta por parte de los particulares, en términos de conveniencia debemos decir que estructurar una sociedad de esta clase en la que los particulares realicen una serie de obligaciones de hacer en pro de la empresa social desligándolos de la administración social, así como de la dirección de la compañía, puede generar que se pierdan muchas de las ventajas que trae el modelo propuesto en una sociedad de economía mixta.

Si bien una sociedad de economía mixta no puede estar dirigida totalmente por reglas de mercado, el modelo planteado en una sociedad de esta clase, presenta su ventaja precisamente en la combinación de esfuerzos entre lo público y lo privado, lo cual abarca no sólo el provecho en términos de los recursos que puedan aportar los particulares, sino igualmente todo beneficio que se pueda derivar de las características resultantes de la administración de los particulares de sus organizaciones, siempre que sean compatibles con los fines que al Estado le corresponde cumplir.

**12.2.2 Aportes de Capital.** El concepto de aportes de capital hace referencia a un conjunto de bienes en dinero o especie que son dados a la sociedad en propiedad o usufructo por los asociados y que integran el capital social, por lo que quienes los aportan adquieren el status de socio, así como la titularidad de alícuotas del capital ya sea en cuotas, partes de interés o acciones de acuerdo al tipo social adoptado.

El primer aspecto que debe ser analizado en relación con las sociedades de economía mixta y los aportes de capital, es que si bien los aportes que son transmitidos a la compañía cuando se realiza un aporte de capital en principio abarca el derecho de propiedad o de usufructo, cuando el Estado sea el que realice el aporte deberá entenderse que en la medida en que son bienes públicos no podrá realizarse en propiedad sino, solamente en usufructo.

La naturaleza de bienes públicos que ostentan los aportes realizados por el Estado tiene varias implicaciones, en primer lugar para que se pueda disponer de ellos es necesario una autorización legal, “es indudable que sin tal previsión no puede realizarse la participación del Estado como accionista en la sociedad; pues sólo mediante ese mecanismo puede movilizar dineros públicos”<sup>255</sup>.

En segundo lugar, al hablarse de recursos públicos se dice que son bienes de los cuales son propietarios todos los ciudadanos de un país, lo cual impide la transmisión de la propiedad a un ente determinado.

Así lo expresa Tafur Galvis<sup>256</sup>: “pero el problema de la evaluación de los aportes no es el único que plantea los aportes del Estado que consiste en bienes públicos o en ejercicio de prerrogativas que le son exclusivas, en la medida que los bienes aportados pertenecen al dominio público del Estado o constituyen privilegios inherentes a él, el Estado aportará su uso, su goce, pero no su plena propiedad. Es el caso de Francia de los aportes del estado en la SNCF, los cuales consisten en el derecho de ocupación y explotación temporal de las vías férreas sin transmitir la propiedad ellas. En ese sentido el Código de Comercio colombiano prevé que el Estado pueda aportar concesiones en las sociedades de economía mixta en las que participa”.

---

<sup>255</sup> TAFUR GALVIS, Alvaro. Las entidades descentralizadas. Bogotá: Editorial Temis, 1977. p. 187

<sup>256</sup> TAFUR GALVIS, Álvaro. Citado por Gustavo Penagos. Las empresas estatales: proyección al siglo XXI. Bogotá: Ed. Doctrina y ley, 2000. p. 170



En este orden, la propiedad colectiva que caracteriza a los bienes públicos y la necesidad del sostenimiento de tal postulado en una democracia, hacen que los aportes del Estado en una sociedad de economía mixta no puedan realizarse con la transmisión del derecho de propiedad.

Por otro lado debe plantearse el tema de las clases de aportes de capital que puede realizar el Estado en una sociedad de economía mixta. En primera instancia es necesario poner de presente que dada la remisión que existe al régimen comercial como normatividad reguladora de estas sociedades, el Estado puede realizar toda clase de aportes permitido por aquella, tales como dinero, especies, créditos, la cesión de un contrato, de un establecimiento de comercio, derechos de propiedad industrial, partes de interés, cuotas o acciones en otras sociedades.

De igual forma el legislador permite otras modalidades de aportes que puede realizar el Estado dadas las prerrogativas que tiene. Así lo dispone el artículo 463 del Código de Comercio al señalar que “en las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o la suscripción de bonos que ella misma emita, auxilios especiales etc. El Estado también podrá aportar concesiones”.

Respecto de esta clase de aportes en una sociedad de economía mixta José Ignacio Narvéez anota lo siguiente: Son ventajas financieras el descuento total o parcial de su cartera en un establecimiento de crédito oficial, el redescuento de ciertos títulos valores en el banco emisor o cupos de créditos generales o específicos; las ventajas fiscales pueden ser exenciones, derechos arancelarios, descuentos tributarios o asignación de contribuciones especiales, la garantía de las obligaciones de la sociedad puede revestir el carácter de general o específica, según que amparen la totalidad de las obligaciones sociales o solamente algunas

concretamente determinadas, la suscripción de bonos que emita la sociedad puede abarcar la totalidad o solo una parte de los bonos emitidos en curso de la vida social<sup>257</sup>.

El artículo 13 del Decreto Ley 3130 de 1968, contenía una disposición en la que se le otorgaba prerrogativas al Estado en consideración al aporte que realizara. Así en la sociedad en la que se aportara una ventaja financiera o fiscal, se debían señalar los actos que requerían para su validez el voto previo y favorable de los representantes del gobierno en las juntas directivas.

Debe anotarse, que el Decreto Ley 3130 de 1968 fue derogado en su totalidad por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo es pertinente preguntarse, en caso de que ésta disposición no estuviera vigente y el Estado realizara este tipo de aportes, si es posible establecer el beneficio mencionado. Este cuestionamiento es viable resolverlo mediante el postulado ya señalado en ocasiones anteriores, según el cual las sociedades de economía mixta se rigen por las normas del derecho mercantil salvo las excepciones que establezca la ley.

En este orden, la ley que autorice la creación de una sociedad de economía mixta puede establecer excepciones al régimen comercial, pudiéndose acordar modificaciones en las que se establezca la posibilidad de señalar actos que para su validez requieran del voto favorable y previo de los representantes del gobierno en las juntas directivas, privilegio que también se puede pactar aunque el aporte realizado por el Estado fuese distinto a una ventaja financiera o fiscal, debido a la posibilidad general del orden legal de excepcionar el régimen comercial aplicable en principio a las sociedades de economía mixta.

---

<sup>257</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano, teoría general de las sociedades. Bogotá: Editorial Legis, octava edición, 1998. p. 127

## 12.3 CONCLUSIÓN

**12.3.1 El Capital: un recurso de poder.** Tal como se ha propuesto en este apartado y se ha dejado ver a lo largo de esta obra, las sociedades de economía mixta son un modelo de gestión para el logro de los fines estatales trazados por la Constitución y la ley, su existencia se relaciona de forma necesaria con los deberes que le son impuestos al Estado a partir de la fórmula “Estado social de derecho”, en la medida en que como parte de la administración pública, son un medio por el que el Estado puede alcanzar los fines que lo justifican. Su creación así como las actividades que serán desarrolladas mediante ellas no responden a criterios de mercado, sino a una decisión política en la que se determina que el Estado debe realizar determinada función en pro del cumplimiento de sus deberes y que es conveniente que la realice a través de un modelo determinado, que bien podría ser el de sociedades de economía mixta, sin perjuicio que para tal decisión se tomen criterios como el de los fallos del mercado<sup>258</sup>.

En este orden de ideas, al Estado le compete una especial dirección de estas sociedades, en la medida en que si bien los particulares han de cuidar sus intereses protegiendo los recursos invertidos para el desarrollo de la empresa social, encaminando su esfuerzo a la eficiencia y permanencia en el mercado de la compañía, le corresponde al Estado el logro de aspectos superiores relacionados con los fines trazados constitucionalmente, hacia los cuales tendrá que encaminar los beneficios de la unión con el sector privado.

En este sentido se ha pronunciado Gustavo Penagos quien afirma que:

*“La doctrina, jurisprudencia y legislación colombianas han aceptado que en las sociedades de economía mixta, el Estado busca ante todo el poder de dirección de la empresa más que una participación.*

*La ley 489, se refiere en los artículos 97 a 102, a la manera de constituir una sociedad de economía mixta, y a los mecanismos para realizar los fines de*

---

<sup>258</sup> En esta misma obra véase numeral 13.4.

*Estado (...)*

*Las normas indicadas nos dicen que al gobierno le interesa mas la orientación y dirección de la empresa, que su participación económica lo cual consulta el espíritu de la nueva Constitución de 1991 que pregona el estado civil de derecho, y encuentra en las sociedades de economía mixta un mecanismo de intervención en la economía”.*<sup>259</sup>

En la medida que las sociedades de economía mixta tienen como se ha afirmado una relación medio-fin con las finalidades que le corresponde lograr al Estado, éste debe tener una especial atención en el buen funcionamiento de la compañía y en el logro de los fines estatales mediante ella, esto trae como consecuencia que al Estado le interese de forma muy particular la dirección de la sociedad en la que invierte en compañía de los particulares. Así lo afirma Gaspar Caballero quien siguiendo a Ripert sostiene: “En la creación de una sociedad de economía mixta el Estado busca el poder de dirección de la empresa mas que una participación en los beneficios, y que, inclusive se ha dado en diferentes sociedades en las cuales el estado se ha reservado puestos en el consejo de dirección sin reclamar acciones, puesto que en una sociedad de economía mixta el Estado no es un accionista que participa en la formación del capital y en la vida social en pie de igualdad con los demás, sino que entra en la sociedad, para hacer sentir a los capitales privados la fuerza de su soberanía”<sup>260</sup>.

La necesidad de que a través del modelo de las sociedades de economía mixta se busquen fines de interés general cuyo principal responsable es el Estado, al que de hecho le corresponde la noble tarea de lograr que los esfuerzos privados se pongan al servicio de ellos, implica que debe poseer el poder de dirección de la compañía, que bajo el esquema de derecho comercial por el que se rigen estas sociedades, el capital resulta ser un recurso de poder.

---

<sup>259</sup> PENAGOS, Gustavo. Las empresas estatales: proyección al siglo XXI. Bogotá: Editorial Doctrina y ley, 2000.p. 171

<sup>260</sup> CABALLERO SIERRA, Gaspar. Citado por Gustavo Penagos. Las empresas estatales: proyección al siglo XXI. Bogotá: Editorial Doctrina y ley., 2000. p.171

Plantear el tema del poder enfrenta la dificultad de su definición, debido a las imprecisiones que existen en torno al él. En ocasiones se ha hablado del poder como de una casa o tal como se suele decir de la silla, sin embargo el poder mas que ser un sustantivo es el resultado de una relación, que en su acepción general designa la capacidad o posibilidad de obrar, de producir efectos; y puede ser referida ya sea a individuos o a grupos humanos como a objetos o fenómenos de la naturaleza<sup>261</sup>.

Desde la perspectiva del derecho comercial, el capital representa unos de los recursos de poder de mayor importancia, ya que sólo mediante la participación mayoritaria en él tendrá el Estado la posibilidad de determinar la conducta del ente social.

Este postulado consagra dos afirmaciones; la primera está relacionada con el capital como recurso de poder en aquellas sociedades en las que la participación mayoritaria en él le da la posibilidad a su titular de determinar el curso del ente social, esto es, en las sociedades por acciones. Esto último implica la discusión relativa al tipo social que han de asumir las sociedades de economía mixta, ya que solo en las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones es posible plantear el tema del capital como recurso de poder, puesto que en los restantes tipos sociales una mayor participación en el capital no otorga a sus titulares una mayor capacidad de dirección de la empresa social. Debido a que hay un sector de la doctrina que afirma que el tipo social de una sociedad de economía mixta debe ser el de las anónimas y a la realidad fáctica según la cual, casi todas las sociedades de economía mixta del país han sido constituidas bajo este tipo social, resulta pertinente plantear el tema de la participación en el capital como un importante recurso de poder en una sociedad de economía mixta<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> STOPINO, Mario. Poder en Norberto Bobbio y otros. Diccionario de política. México: Siglo XX editores, 5ª .Ed. , 1985, p. 1217

<sup>262</sup> En esta misma obra véase numeral 11.2.4.

La segunda es la relativa al capital como mecanismo de poder en una sociedad de economía mixta sometida estrictamente al régimen mercantil, pues como hemos dicho es posible pactar excepciones en las que precisamente se puede hallar un recurso de poder diferente al capital

La posibilidad de mantenimiento del poder de dirección de una sociedad de economía mixta, vista como medio para alcanzar los fines del Estado, se expresó en la disposición legal de la ley 489 de 1998 según la cual “para que la sociedad pueda ser de economía mixta el aporte estatal a través de la nación, de las entidades territoriales, las entidades descentralizadas, y de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, no podrá ser inferior al cincuenta por ciento del capital efectivamente suscrito y pagado”.

Desde esta perspectiva se planteaba a la sociedad de economía mixta como aquella en la que el Estado mantuviera una importante participación en el capital social y por lo tanto una posibilidad amplia desde el punto de vista de la legislación mercantil de dirigir la empresa social.

Sin embargo, esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 953 de 1999, en la que se estableció lo siguiente: “La carta política vigente, en el artículo 150 numeral 7 atribuye al legislador la posibilidad de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, al igual que en los artículos 313 numeral 6 y 300 numeral 7 dispone lo propio respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieran señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta tan sólo requiere, conforme a la carta magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual hay que

agregarle que lo que le da la categoría, es justamente que su capital social se forme con aportes de los particulares y el Estado, característica que determina su sujeción a un régimen que le permita conciliar el interés general que persigue el estado o por las entidades territoriales, con la especulación económica que en las actividades mercantiles, se persiguen por los particulares”.

A pesar de la declaratoria de inexecutable de esta parte del artículo 97 de la ley 489 de 1998, la participación estatal en esta clase de sociedades y su categoría de miembro de la Administración pública, siguen planteando la relación que existe entre las sociedades de economía mixta y los fines estatales, en la que éstas son uno de los modelos que puede utilizar el Estado para tal objeto, lo cual pone de presente la necesidad de dirección de estas sociedades por parte del Estado.

De igual forma, la idea de la participación del Estado en el capital como mecanismo de poder se reconoce legalmente en la disposición que permite que a una sociedad de economía mixta se le aplique el régimen legal de empresa industrial y comercial de Estado cuando él tenga un porcentaje mayor al 90% en el capital; lo cual tiene su mayor implicación en el funcionamiento de los órganos sociales y en el nombramiento de quienes los integran.

Tal como ya se mencionó la participación en el capital es sólo uno de los recursos de poder que puede tener el estado en una sociedad de economía mixta, otro muy importante se encuentra en las excepciones que se plantean al régimen de derecho comercial que en principio está llamado a regular todo lo relacionado con estas sociedades.

Sin duda son dos recursos de poder que pueden coexistir en una misma sociedad de economía mixta, pero en la generalidad se utilizan para cubrir la carencia de alguno de los dos, en este sentido se pronuncia Tafur Galvis: “Dentro de las orientaciones anotadas, conviene tener en cuenta que la mayor utilización de

normas derogatorias del régimen ordinario de las sociedades, a favor del Estado accionista, ha dependido, en gran medida, del porcentaje de participación económica del Estado en la sociedad de economía mixta; así si la participación estatal es minoritaria, mayor será la tendencia a incorporar en el régimen interno de la sociedad disposiciones que pongan a salvo el predominio del estado; por el contrario, en la medida que el Estado es accionista mayoritario, se recurrirá en menor grado a las cláusulas derogatorias, puesto que el libre juego de las disposiciones de derecho de las sociedades mercantiles permite asumir normalmente el predominio adecuado para que el Estado, por medio de la sociedad de economía mixta, logre los altos fines impuestos por el ordenamiento jurídico superior”<sup>263</sup>.

En el orden de las ideas planteadas, la unión necesaria que existe entre los fines estatales y las sociedades de economía mixta, como uno de los medios de gestión para su realización, implica que el Estado debe mantener recursos de poder que le permitan su dirección. Una simple participación estatal sin esta posibilidad, implica que se cuestione la posibilidad del logro de los fines estatales, los cuales son los que justifican la actuación del Estado, el cual es el directamente responsable de que éstos se alcancen.

Lo anterior se encuentra reflejado en la participación que tiene en el Estado en importantes sociedades de economía mixta del orden nacional, como se expone en la tabla 9.

---

<sup>263</sup> TAFUR GALVIS, Alvaro. Las entidades descentralizadas. Ed. Temis. Bogotá, 1977



**Tabla 9. Composición del capital social de las Sociedades de Economía Mixta**

<b>Sociedad de economía mixta.</b>	<b>Porcentaje de participación del estado.</b>	<b>Porcentaje de participación de los particulares.</b>
INPEC	97.12%	2.8%
FINAGRO	60%	40%
VECOL	81%	19%
La previsora S.A.	99.659%	0.341%
Fuduciaria la previsora S.A.	99.9997%	0.0003%
Banco Granahorrar	99.937%	0.063%
Banco del Estado S.A.	99.999%	0.0001%
Fiduestado S.A.	94.689%	5.311%
Banco cafetero S.A.	99.9%	0.1%
Central de inversiones S.A.	99.999%	0.0001%
Financiera FES S.A.	92,59%	7.41%
Cofinpro S.A.	99.98%	0.02%
Banco agrario	97%	3%
BANCOLDEX	99.72%	0.28%
Tequendama	99.97%	0.03%
FIDUCOLDEX S.A.	89.11072	10.88928%
Fondo Nacional de Garantías S.A.	99.99%	0.01%

**Fuente:** Derecho de petición No 1402 del 27-02-2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho; derecho de petición No 1639 del 25-02-2002 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; derecho de petición No 7031 del 25-02-2002 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; derecho de petición No 2473 del 19-07-2002 del Banco Agrario de Colombia; derecho de petición No 9391 del 04-07-2002 de BANCOLDEX; derecho de petición del 12-07-2002 del Hotel Tequendama; derecho de petición No 4505 del 11-07-2002 de FIDUCOLDEX; derecho de petición No 6240 del 11-07-2002 del Fondo Nacional de Garantías.

Por lo anterior podemos afirmar que el Estado como obligado al logro de los fines que constitucional o legalmente le corresponden, debe mantener el manejo de las sociedades de economía mixta en las que participe a través de mecanismos de control, dentro de los cuales el capital se constituye en uno de los más importantes. Por otra parte el que en la estructura de estas sociedades se contemple la posibilidad del aporte de naturaleza privada tiene su explicación en la colaboración que de su participación se desprende en el desarrollo de la actividad que mediante estas sociedades se realiza, lo cual se desnaturaliza en el momento en que el Estado participa mayoritariamente en capital, puesto que la ayuda del sector privado se vuelve irrisoria.

## **CAPITULO XIII**

### **13. OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

La amplitud de los deberes que le han sido dados al Estado colombiano a través de la Constitución Política de 1991, tales como el logro del bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida, la prestación eficiente de los servicios públicos, así como toda la responsabilidad social que imprime la fórmula Estado social de derecho bajo la cual se ha estructurado, lleva a que una reflexión respecto del objeto social de las sociedades de economía mixta, no se limite a la descripción de lo que legalmente le corresponde realizar, sino que desde una perspectiva más amplia, se pueda establecer la relación entre las actividades que a estas sociedades se le han dado y la consecución de los fines descritos.

Para tales efectos, consideramos pertinente en primer lugar, realizar una descripción de la Administración Pública con el objeto de ubicar en ella las actividades que le corresponde realizar a las sociedades de economía mixta; en segundo, esbozar criterios económicos que nos permitan dar claridad respecto de la actuación del Estado, expresando los parámetros que han sido dados para la determinación de sus acciones, de tal manera que logremos ubicar lo que le corresponde realizar a las sociedades de economía mixta desde un campo legal y económico, con el objeto de precisar la relación que existe entre ellas como miembros de la administración pública y la realización de los deberes del Estado.

#### **13.1 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: PARÁMETROS PARA SU DEFINICIÓN**

Las sociedades de economía mixta son un instrumento del que se vale el Estado, y de forma más específica la Administración Pública para la realización de actividades de carácter industrial y comercial. Este enunciado nos lleva a indagar qué es y qué debe realizar esta última con el objeto de establecer criterios sobre lo

que debe hacer y la posible utilización de las sociedades de economía mixta para llevar acabo dichas funciones. En este apartado abordaremos el cuestionamiento planteado desde una perspectiva jurídica, es decir, los criterios que ha desarrollado la ciencia jurídica para determinar lo que debe realizar la administración pública así como lo que por ella debe entenderse.

Si bien la noción de Administración Pública, puede encontrar cierta significación al inicio del Estado moderno, cuando el poder del monarca se amplió al interés público a través de la denominada policía de la cosa pública, la consolidación del concepto se obtiene en el vocabulario moderno a partir de las renovaciones conceptuales generadas por la revolución francesa, es decir, tan sólo a finales del siglo XVII, por lo que con estas palabras sólo se puede identificar fenómenos actuales, difícilmente comparables con otros del pasado<sup>264</sup>. Esto implica que el análisis respecto de los criterios que permiten identificar qué es y qué debe realizar la administración pública se realice a partir de la revolución francesa, desde la cual ha surgido un considerable número de estudiosos que pretenden resolver este cuestionamiento.

Estos criterios jurídicos tienen su origen en los debates revolucionarios en torno al fenómeno político, jurídico y social de la distribución del poder, aspecto que es fundamental dentro del esquema de Estado de derecho que se pretendía instaurar luego de la victoria al antiguo régimen y que buscaba la institucionalización del poder, repartido de tal manera que se pusiera fin al despotismo individualizado que caracterizó los regímenes monárquicos<sup>265</sup>. Bajo esta idea, doctrinantes ingleses y franceses establecieron la existencia de funciones básicas: legislativa, caracterizada por la producción de normas de carácter genérico y obligatorio; jurisdiccional, que consiste en la aplicación de la ley a los conflictos concretos, y

---

<sup>264</sup> SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 27

<sup>265</sup> *Ibidem*. P. 31

ejecutiva, que en la versión inicialmente planteada consistía en la simple ejecución de la ley, y que actualmente implica mucho más, debido al cambio que ha sufrido el concepto del Estado, pasando de la visión inicial del Estado de derecho a la del Estado social y de derecho; en el que no sólo se procura por el respeto a las libertades consagradas constitucionalmente, sino que adopta una posición más activa procurando satisfacer necesidades básicas de sus miembros.

En este orden, una primera visión de la Administración Pública, se encuentra en la idea que establece que ella es tan sólo aquella que está constituida por la rama ejecutiva, y en esta medida es a quien le corresponde el desarrollo de la función administrativa. Este primer concepto de la Administración Pública implica que sólo un sujeto de derecho está habilitado para ejercer las actividades relacionadas con la Administración. A este postulado la doctrina llega por dos vías: *sólo los organismos del poder ejecutivo ejercen funciones administrativas, y así mismo, que sólo donde existe poder ejecutivo hay derecho administrativo*<sup>266</sup>.

Este concepto de la Administración Pública, está directamente relacionado con la teoría de la división del poder, en la medida que del otorgamiento de funciones determinadas y concretas a cada una de las ramas que lo constituye, se deriva que todas las funciones que le han sido otorgadas a la rama ejecutiva son administrativas y las actividades administrativas son exclusivamente las que desempeñan la rama ejecutiva; por lo que la función administrativa se limitaba a lo que en principio le correspondía realizar a esta rama del poder público: ejecutar la ley. Se destacan como expositores de esta teoría Marcarel, Cormenin, Javier de Burgos, Olivan Posada Herrera.

El concepto expuesto de la Administración Pública se enfrentó a un primer inconveniente que resultaba de la unión inexorable existente entre la

---

<sup>266</sup> *Ibíd.* p. 33

Administración Pública y la rama ejecutiva, de donde se llegaba a la conclusión que sólo era función administrativa lo que realizaba esta rama del poder público, dejando por fuera actividades que comportaban el carácter de administrativas, que eran realizadas por las otras ramas.

Esta visión de la Administración Pública limitada al órgano ejecutivo, con la función de ejecutar la ley, respondió a la concepción del Estado de derecho liberal, cuyas funciones han sido ampliadas con el paso del tiempo, lo cual ha sido expresado en la fórmula “Estado social de derecho”, que indica que el Estado responde a finalidades mucho más amplias. Por esta razón la teoría mencionada no permite una visión completa de lo que a la Administración Pública le corresponde realizar; e igualmente no otorga criterios para determinar que debe realizar hoy el Estado a través de la Administración Pública.

Por otra parte hay quienes opinan que no es posible definir la Administración Pública a partir de criterios materiales o sustanciales, es decir a través de aquellas actividades que debe desempeñar el Estado por medio de la Administración Pública, y que ésta solo puede explicarse a través de su identificación con la rama ejecutiva del poder público, es decir, con el sujeto que ha de realizar determinadas funciones, las cuales por el hecho de ser ejecutadas por él comportarán el carácter de administrativas. Se diferencia esta concepción de la anterior en que si bien ambos identifican la administración con la rama del poder mencionada, la primera otorga otro criterio determinante de ésta: la función administrativa limitada a la ejecución de la ley, es decir que se otorga un criterio sustancial para definir la Administración Pública, así como un parámetro respecto de los asuntos que le correspondía desempeñar; esta segunda teoría niega todo carácter sustancial para la identificación de la Administración Pública.

Esta característica de la visión que se expone como criterio de definición de la administración pública, es la causa de su crítica, en la medida en que identificar la

administración con la rama ejecutiva lleva de forma necesaria a plantear el tema de las competencias que esta debe desarrollar, es decir, que actividades le corresponden llevar a cabo a la administración pública. En este orden, el criterio tiene como ventaja otorgar seguridad jurídica, pues introduce la idea que la administración es igual a rama ejecutiva, el punto central de la discusión no será en sí misma la función sino la rama de la cual proviene el acto, sin embargo no otorga parámetros que nos permitan responder qué actividades debe desempeñar el Estado mediante la administración pública, tema que se deja dentro de la concepción del Estado democrático, a la decisión que se toma por parte de los funcionarios elegidos popularmente, siendo generalmente el órgano legislativo el que determina las funciones que deben ser desempeñadas por la rama ejecutiva del poder público.

Los dos criterios anteriores tienen como punto común identificar a la administración pública con la rama ejecutiva, es decir, que se parte para su definición de los sujetos que realizan la actividad; el primero partiendo del sujeto, habla de la función administrativa limitada a la ejecución de la ley; el segundo hace énfasis en la rama ejecutiva, sin consideración a criterio sustancial o material.

### **13.1.1 La Función Pública como nota distintiva de la administración pública.**

Otro concepto de la Administración Pública que se aparta de las dos visiones anteriores es el que parte de la idea de que ésta, es determinada por las particularidades y características que permitan otorgar el carácter de administrativo a una función, independientemente del sujeto que la realice, “de esta forma la administración pública estará constituida por todas aquellas funciones administrativas atribuidas a órganos públicos y privados”<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> *Ibidem.* p. 43

La función administrativa tiene dentro de esta visión de la Administración Pública, la característica de la realización concreta de su acción, lo cual la diferencia de la legislativa en la medida en que su actuación es general y abstracta, y de la judicial, pues su proceder es específico, referido a la resolución de conflictos particulares.

La función de carácter administrativo es lo que explica la Administración Pública, la cual tendrá como objeto su desarrollo, Así lo afirma Sabino Cassese: “Un estudio del derecho administrativo exclusivamente como conjunto de aparatos y procedimientos carecería de contenido, le faltaría un aspecto sustancial constituido por las funciones encomendadas, pues son el sustento de las administraciones públicas y constituyen su razón de ser”<sup>268</sup>, “ las funciones constituyen la vida real del Estado”<sup>269</sup>.

Ahora bien, la función administrativa se encuentra sujeta a un conjunto de parámetros que responden al respeto que se le debe guardar a la Constitución y la ley dentro de un Estado de derecho. Así, se exige para el ejercicio de una función de este tipo, una disposición previa de carácter constitucional, legal o administrativa (cuando las dos primeras así lo dispongan), que establezca la función o tarea que debe ser ejecutada con el objeto de cumplir unos fines estatales, lo cual debe ser unido a normas que atribuyen competencia entre los sujetos que deben realizarlas. Así lo expresa el doctor Santofimio: (... la función administrativa se encuentra supeditada a la conjunción de algunos presupuestos...) la existencia de disposiciones superiores de carácter previo que recogen materias básicas indispensables para ser ejecutadas en procura del cumplimiento de los fines estatales, y las organiza en reglas de competencia, que atribuyen a los organismos y sujetos aptos para su concretización en el mundo de las relaciones jurídico – administrativas.

---

<sup>268</sup> SABINO CASSESE citado por Santofimio. *Ibíd*em p. 45

<sup>269</sup> *Ibíd*em p. 45

En este orden de ideas, para la ejecución de una función administrativa se hace indispensable el análisis de las condiciones políticas, sociales, y económicas que unidas al querer de constituyente darán como resultado el conjunto de funciones que son consideradas como necesarias o indispensables, las cuales han de ser llevadas a cabo en beneficio de una comunidad. Esto exige todo un proceso que en los países de corte democrático se lleva cabo a través de un conjunto de personas elegidas popularmente y que representan la voluntad de sus electores.

La función administrativa involucra entonces, un aspecto jurídico en lo que hace referencia a las reglas que deben seguirse para otorgar a un sujeto la ejecución de una función de este tipo, y uno político en lo relativo a la determinación de la función a través de un proceso deliberativo, lo cual está unido al deber que tiene aquel que desempeña la función de cumplirla con el objeto de alcanzar el fin que la justificó dentro del proceso que decidió su realización. Esto lleva a cuestionamientos tales como, la determinación de las finalidades estatales, que desde la visión inicial del Estado de derecho liberal a la actualidad han sido notablemente ampliadas; pasando de un Estado limitado a la creación y ejecución de la ley, así como a la vigilancia del respeto de los derechos de los ciudadanos a uno que interviene en la mayoría de los aspectos de la sociedad en procura de ofrecer soluciones reales a problemáticas sociales y económicas de ésta. La determinación de la finalidad nos lleva consecuentemente a cuáles serán las actividades que deberá desarrollar el Estado por medio de la Administración para alcanzarla.

Esta idea de la Administración Pública, presenta criterios que dan un nuevo carácter a la pregunta ¿qué debe realizar el Estado mediante la administración?, en la medida que otorga a la función administrativa el carácter distintivo de la administración pública, función que debe relacionarse con los fines estatales, es decir con los deberes que le corresponden realizar al Estado. En este orden, trazada o determinada la finalidad que debe cumplir el Estado, debe concretarse



en las funciones administrativas que le correspondan a un sujeto realizar, las cuales tendrán el doble carácter de definir la Administración y a lo que se dedica.

La introducción de estas ideas lleva necesariamente a la reflexión de los siguientes puntos, que ya han sido esbozados tangencialmente: si la función administrativa esta determinada por un proceso político en el que se decide la necesidad de su ejecución, decisión que debe responder a un fin del Estado, unido siempre a la realidad económica, social y política de una comunidad, ¿qué criterios deben seguirse para conocer cuales son los fines del Estado?, cuestionamiento que no tiene respuesta en esta teoría, así como tampoco lo tiene el que hace referencia al grado de conocimiento que puedan tener los que dirigen el proceso de elección de una función que debe ser desarrollada, como cumplimiento de un fin estatal de las necesidades económicas, políticas y sociales de una comunidad.

**13.1.2 El Estado social de derecho y los Fines Estatales<sup>270</sup>.** El fin del Estado ha sido una idea que ha tomado gran fuerza a partir de los cambios que han surgido en relación con la concepción que se tiene de él. La aparición del Estado social de derecho en Alemania a partir de los trabajos realizados por Carl Schmid y H. Heller, y de su consagración en la ley fundamental alemana en 1949, ha introducido una serie de ideas que le han otorgado una nueva dinámica a las actividades que debe realizar el Estado con el objeto de cumplir con los nuevos fines que esta visión introduce.

En fórmula Estado social de derecho aparecen un conjunto de nuevos elementos que se unirán a los ya establecidos en la concepción del Estado liberal de derecho, tales como: la división del poder, la primacía de ley, los principios democráticos, pero que darán un nuevo giro a las funciones que debe realizar el

---

<sup>270</sup> En esta misma obra véase numeral 1.5.3.

Estado en la medida en que éstas se alejarán de la idea de una actuación estatal limitada, caracterizada por la igualdad formal ante la ley, para pasar a una finalidad mucho más amplia, cual es ofrecer soluciones reales en términos sociales y económicos a la sociedad. “El Estado social de derecho define y entronca al Estado en una perspectiva de fines, otorgándole papel sustancial en el orden social en su integridad (social, político, económico), dentro del cauce del Estado de derecho conforme a los principios democráticos”<sup>271</sup>.

A partir de las finalidades que se le imprimen al Estado en la fórmula Estado social de derecho, se explica la actuación de éste a través de cada una de sus instituciones, las cuales en su actuación deben responder en forma necesaria al conjunto de fines que involucra esta nueva concepción de Estado, esto es, propender porque se proporcione soluciones reales a las necesidades de la comunidad.

**13.1.3 Los Fines del Estado y la Administración Pública.** Cada una de las ramas del poder público deben responder a las mencionadas finalidades, las cuales han tomado tal importancia que han sido utilizadas para definir la Administración Pública como parte del Estado, a partir de un criterio finalístico.

Dentro del conjunto de fines por los que propende el Estado se le ha otorgado a la Administración Pública un carácter primordial en la medida en que se considera que ella “es decisiva para la consolidación del Estado social de derecho”<sup>272</sup>; “la Administración es la pieza capital en el cumplimiento del principio social propio del Estado”<sup>273</sup>.

Esto aporta dos interesantes ideas, en primer lugar, la relacionada con la legitimidad del Estado en la medida que éste debe responder a una serie de fines.

---

<sup>271</sup> SANTOFIMIO, Op. Cit., p. 60

<sup>272</sup> LUSIANO PAREJO ALFONSO citado por Santofimio. Ibídem. p. 61

<sup>273</sup> Ibídem. p. 61

La segunda tiene que ver con los criterios de eficiencia y eficacia en la realización de aquellos. Esto implica un análisis de los parámetros que guían los procesos políticos dentro de los cuales se toman las decisiones de lo que debe realizar el Estado, de los criterios que determinan hasta donde debe intervenir el Estado para que su actuación sea eficiente y contribuya al desarrollo de una sociedad.

Bajo estos presupuestos se propuso una nueva visión de la Administración Pública, basada en un criterio orgánico, es decir, en el sujeto que de acuerdo a la división del poder le corresponde la realización de la actividad administrativa, de tal forma que lo determinante de la Administración Pública resulta ser el sujeto y no la actividad que realiza, unido a la finalidad que debe desempeñar la Administración como parte de un Estado social de derecho. Resultado de lo anterior es el fortalecimiento del aparato administrativo del estado con el objeto de lograr que este pueda alcanzar las exigencias que impone esta concepción de Estado.

Esta visión se enfrenta, a pesar del fundamento finalístico que le otorga a la Administración, a las críticas expuestas cuando se explicó el criterio del sujeto para definir a la Administración Pública, e igualmente no otorga parámetros para la solución de los cuestionamientos planteados respecto de los procesos políticos que definirán las actividades con las que se pretende realizar los fines del Estado; de lo que tiene que ver con el límite de la acción de éste con el objeto de encontrar la eficiencia en su actuación, de tal forma que se pueda decidir en que zonas no debe actuar el Estado y cuales sí.

Por otra parte, la concepción de la Administración Pública que parte de la función administrativa y no del sujeto, analizada bajo la óptica del Estado social de derecho, plantea la unión necesaria de la función con la finalidad, de tal manera que solo se entienda una función administrativa en razón del fin estatal. Sin embargo, este enunciado aún no permite identificar qué debe realizar el Estado a través de la Administración Pública, pues no sólo la función administrativa debe

responder a los fines estatales, también lo deben hacer la judicial y la legislativa, por lo que afirmar que la función administrativa debe responder a los fines estatales no le otorga un carácter distintivo a esta función, en la medida en que la otras funciones estatales también lo deben hacer, así como tampoco le da contenido.

**13.1.4 Concreción de las finalidades estatales: los servicios públicos.** Por la razón expuesta consideramos conveniente esbozar un criterio que pretendió ser el carácter distintivo de la Administración Pública; tal es el de los servicios públicos, que dentro de su concepción inicial se confundía con la finalidad misma del Estado y que hoy luego del devenir histórico hace referencia a una serie de funciones que deben ser desempeñadas con el objeto de cumplir con las finalidades estatales, y cuya determinación le corresponde al legislador, dentro de un Estado de corte democrático.

Si bien la aparición del concepto de los servicios públicos históricamente se ubica anterior a la visión del Estado social de derecho, por la manera en que en la actualidad los servicios de este tipo son considerados como forma de realizar los amplios deberes sociales que esta idea de Estado propone, hemos considerado pertinente analizarlos en este lugar de la exposición.

El criterio de los servicios aquí mencionado para la identificación de la Administración Pública pertenece a la teoría clásica de los servicios públicos, que orientó el derecho post revolucionario y por la que se establecieron una serie de finalidades que debían ser satisfechas por el Estado en favor de los gobernados, que se concretaban en la materialización de los servicios públicos.

Las bases y razones de esta teoría se deben a la jurisprudencia francesa, y a los trabajos realizados por León Deugit y Gaston Jeze, el primero en el ámbito del derecho público y el segundo de manera más específica en el del derecho

administrativo.

Desde la concepción de León Deugit el Estado se justifica a partir del concepto de interés general, desde el cual se define el servicio público. “El Estado se entiende como una agrupación o corporación de individuos con poder suficiente para cumplir las obligaciones y deberes para con la sociedad, actividades que se concretan en los llamados servicios públicos”

Esta visión tiene varias consecuencias; la primera hace referencia a las ideas de poder y soberanía como definidoras de la concepción del Estado. Desde la perspectiva de la teoría del servicio público, el Estado es planteado y justificado a partir de una serie de finalidades; por lo que no sólo un proceso de elección ajustado a la ley justifica una autoridad pública, puesto que ella debe cumplir una serie de deberes (servicios públicos), que explican su existencia y función.

La segunda tiene que ver con la idea que el límite impuesto al Estado dentro de la concepción del Estado de derecho liberal no implica ninguna clase de deber, por lo que, con la aparición del concepto del servicio público se comienza a ampliar el ámbito de actuación del Estado de derecho en cuanto este debe responder a una serie de deberes sociales. Desde esta perspectiva el poder en cabeza del Estado no lo explica totalmente, pero sigue teniendo un papel importante en la medida en que el Estado apoyado en él, debe impulsar el cumplimiento de los fines sociales.

Desde el campo de la Administración Pública, la teoría de los servicios públicos establece que a ésta le corresponde la tarea de organizar, prestar y ejecutar los servicios públicos, por lo que es responsable por su correcta gestión. En este orden de ideas, la Administración es definida a partir de las finalidades que debe realizar y que se concretan en los servicios públicos, que son precisamente los que responderán a la pregunta ¿qué debe realizar el Estado a través de la Administración para el cumplimiento de las finalidades sociales?. Los servicios

públicos definen la Administración Pública y a la vez establecen, en parámetros muy generales lo que debe realizar.

Bajo esta misma línea se instituye que la actuación de la Administración en la prestación de los servicios públicos esta sujeta a un régimen jurídico diferente al del derecho privado (al que están sujetos los servicios privados); tal es el derecho administrativo, régimen especial que se justifica en la medida en que la ley y los reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público para garantizar su prestación efectiva.

Las características de esta noción clásica se pueden resumir de la siguiente manera <sup>274</sup>:

- a. Solo el Estado de manera exclusiva, por medio de la administración pública tiene a su cargo la realización de los servicios públicos.
- b. La finalidad de los servicios públicos es la satisfacción de un interés general.
- c. Donde haya un servicio público se aplica el derecho administrativo y la jurisdicción administrativa.

De acuerdo con lo anterior, las finalidades que le corresponden realizar al Estado mediante la Administración Pública se concretan en los servicios públicos, noción que como se afirmó, define la Administración y establece lo que debe realizar, así “la administración es el conjunto de instituciones a las que les corresponde la realización de los servicios públicos”, de lo que se desprende que las actividades a las que se dedica la Administración son servicios públicos.

Lo expuesto nos enfrenta necesariamente al concepto de servicio público, del cual se han aportado ideas en lo expuesto anteriormente, pero sin estar expresado en

---

<sup>274</sup> RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 10ª edición. 1998. p. 413

forma concreta. De hecho, la dificultad de concretar la noción de servicio público, fue uno de los principales inconvenientes con los que se enfrentó la teoría clásica del servicio público, en especial porque la noción de interés general con la que estuvo y está generalmente relacionado el concepto de servicio público, era y sigue siendo de difícil concretización en la práctica, por lo que es una dificultad que no está superada.

13.1.4.1 Definición de servicio público. Bajo los presupuestos dados, el servicio público se define como una actividad que busca la satisfacción de un interés general vinculado a la administración<sup>275</sup>. Al respecto y reiterando lo que dijimos en el párrafo anterior, al analizar una actividad en concreto resultó muy complicado determinar si era de interés general o no. Así expone el Doctor Santofimio las contradicciones que por esta razón se presentaron en los fallos del Consejo de Estado francés: “la explotación de un teatro (...) inicialmente no estaba considerada como servicio público, sin embargo el Consejo de Estado acudiendo a un criterio de su elaboración, esto es de la importancia actual del arte, la cultura y el deporte, los calificó como servicio público. En algunos otros casos por ejemplo, se le reconoce este carácter a los juegos artificiales en las fiestas comunales, pero se rehusó a otorgárselo a las carreras de caballos programadas por los mismos motivos”<sup>276</sup>.

Por estas razones, el interés general como criterio para definir los servicios públicos, se convirtió generalmente en la aplicación de la costumbre, es decir, era servicio público aquello que tradicionalmente hace el Estado, o de la regla antes expuesta según la cual todo lo que realice la Administración es un servicio público,

---

<sup>275</sup> *Ibidem.* p. 415

<sup>276</sup> SANTOFIMNO, *Op. Cit.*, p. 69

luego es servicio público la actividad que es realizada por ésta, regla que se romperá con ocasión de ciertos hechos que dieron origen a la crisis de la teoría de los servicios públicos y que serán expuestos mas adelante.

### **13.1.5 Falencias de la Teoría de los Servicios Públicos**

13.1.5.1 Servicios públicos de carácter industrial y comercial. El desarrollo histórico trajo consigo un creciente intervencionismo del Estado, este comenzó a desarrollar actividades que tradicionalmente eran desarrolladas por particulares, fenómeno que produjo un duro golpe a los postulados de la teoría clásica del servicio público.

De acuerdo con lo expuesto sólo el Estado a través de la Administración Pública realiza un servicio público dentro de un régimen jurídico propio a saber el derecho administrativo, postulado que pierde validez cuando el Estado comienza a realizar actividades típicamente ejecutadas por particulares, apareciendo el concepto del servicio público de carácter industrial y comercial. El Estado en busca del interés general actúa en un sector que generalmente ha sido explotado por los particulares, lo que trae como consecuencia que en esas actuaciones el régimen jurídico sea el privado, pues el Estado se comporta de una manera similar a la de los particulares. De esta forma afirma el doctor Vidal Perdomo se rompe la celebre ecuación de servicio público igual a derecho público<sup>277</sup>.

13.1.5.2 Servicios públicos prestados por particulares. De la misma manera la realidad histórica trajo consigo el hecho de que los servicios públicos pudieran estar a cargo de las particulares y no ser exclusivamente prestados por el Estado. La amplitud del aparato estatal, el correlativo déficit público al que se enfrentó el Estado y el aumento por parte de la población de la demanda de los servicios que ofrece el Estado, trajeron consigo la posibilidad de delegar o permitir la prestación

---

<sup>277</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Bogotá: Editorial, Temis, 1994. p. 171



a particulares en competencia con el Estado, de funciones que habían sido catalogadas de servicio público, de esta forma no todas las actividades de servicio público son desarrolladas por autoridades públicas.

A pesar de las falencias de la teoría clásica de los servicios públicos, cuyos postulados no tienen aplicación por las razones expuestas, la introducción de esta noción resulta importante en la medida en que si bien, hoy no comporta todas las notas que le impuso esta visión, ponen de presente varios aspectos importantes. El primero de ellos hace referencia a las finalidades del Estado, los servicios públicos resultan ser medios que pretenden hacer reales un conjunto de deberes sociales que le corresponden realizar al Estado y que generalmente están descritos en la Constitución, de allí que su concepto siga teniendo hoy importancia, “los servicios públicos no son mas que las funciones que conforme a la legalidad, le son asignadas a los órganos o sujetos públicos o privados para el cumplimiento de las finalidades estatales”<sup>278</sup>.

Por otra parte, si bien la noción de servicio público pone de presente una asignación de funciones con miras a una finalidades que deben ser desarrolladas por el Estado, no responde al cuestionamiento antes hecho respecto a cuales son las funciones que debe realizar, en primer lugar porque tal como se dijo aún no esta claro la definición de servicios públicos, no se sabe claramente cuales son las actividades que comportan esta calidad, y en segundo lugar, luego de los cambios históricos sufridos hasta hoy, no todos los servicios públicos son ejecutados por el Estado.

El concepto de funciones que deben ser asignadas lleva a reflexionar respecto del proceso que se debe seguir para determinarlas. Hay que analizar sus características, su funcionamiento (como se mencionó es de tipo deliberatorio en los Estados democráticos), con el fin de responder si en ellos se toman decisiones

---

<sup>278</sup> SANTOFIMIO, Op. Cit., p. 79

ajustadas a la realidad social y económica de una comunidad dentro del marco de los fines que le corresponde realizar al Estado.

La noción de servicio público es importante, sin embargo, no responde a cuestionamientos que son relevantes analizar, pues un Estado tiene que conocer que debe hacer, no sólo en el campo de lo "formal", es decir dentro de lo que el marco jurídico indique como actividades que le corresponde desarrollar, sino también dentro del campo de la eficiencia, preguntándose hasta qué punto es conveniente darle al Estado una función determinada para el cumplimiento de unos fines.

Partiendo de cada una de las críticas realizadas a los respectivos criterios expuestos para definir la Administración Pública, aparece un nuevo criterio que expresa que ante la imposibilidad que existe en explicar la Administración Pública a partir de un solo criterio, ya sea que haga referencia al sujeto, a la función o a la finalidad, esta debe definirse desde la conjunción de éstos, es decir, de la relación existente entre órganos, funciones y fines. En este orden la Administración constituye un conjunto de órganos y funciones, con el objeto de cumplir una serie de funciones en procura de fines que le corresponde al Estado realizar.

Hoy resulta complicado definir la Administración Pública desde uno de los criterios expuestos, puesto que no es posible hablar del sujeto, sin hablar de las funciones que específicamente tienen que otorgársele y correlativamente de los fines que justifican la función; como tampoco es posible hablar de la función sin mencionar los fines que la justifican y los sujetos que han de llevarlas a cabo. Desde esta perspectiva, sujeto, funciones y fines deben relacionarse, para definir la Administración Pública.

Respecto a las actividades que a ella le corresponde llevar a cabo, hay que unir estos criterios con el concepto de Estado, las funciones han disminuido cuando se

responde a las finalidades trazadas para un Estado de derecho de corte liberal y han aumentado, así como la magnitud del aparato estatal cuando las finalidades dadas al Estado contemplan amplios deberes sociales, como bajo la concepción del Estado social de derecho.

### **13.2 RÉGIMEN COLOMBIANO**

Expuestos los planteamientos que se han propuesto respecto de la Administración pública y su actuación, consideramos pertinente analizar el tema desde la perspectiva del régimen jurídico colombiano, con el objeto de establecer los criterios que existen en Colombia respecto del tema.

Siguiendo la dinámica histórica, la tendencia que inicialmente predominó en Colombia fue la de definir la Administración Pública, así como el derecho aplicable, a partir del sujeto, identificando a éste con la rama ejecutiva del poder público, siguiendo las líneas generales trazadas por la teoría de la división del poder público. El predominio *de éste criterio* en el derecho Colombiano obedeció exclusivamente al alcance que la jurisprudencia y doctrina le dieron al anterior Código Contencioso Administrativo, específicamente en los artículos 62 a 65.

Sin embargo, fue la misma jurisprudencia la que dio paso a una tesis intermedia, ante el evento de que varios actos quedaran sin la posibilidad de definir su naturaleza, pues no era posible desde la perspectiva del criterio mencionado, a pesar de que sus características respondían a las de las funciones administrativas. Así lo expuso el Consejo de Estado en sentencia del 22 de octubre de 1971, en la que estableció su competencia respecto de ciertos actos dictados por las mesas directivas de la Cámara de Representantes: "... En el derecho Colombiano, en general predomina el criterio formal por distinguir el acto administrativo del que no lo es, de tal manera que en esta perspectiva sólo serían actos administrativos los que provienen de la jerarquía de la rama ejecutiva del poder público, y no lo serían

los que proceden de otra rama. Sin embargo, en derecho colombiano es posible hacer la aplicación de un criterio material, bien sea porque la ley misma así lo dispone expresamente o porque el intérprete así lo deduzca”.

Esta visión de la Administración Pública es abandonada a partir de la vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), normatividad en la que se le otorga un papel preponderante a la definición de la administración pública a partir de la función administrativa. El artículo primero establece: “...Las normas de esta primera parte del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos sus órdenes.... así como a las entidades privadas cuando unas y otras cumplan funciones administrativas”.

Esta concepción implica por una parte conocer la sustancia de la función, es decir, qué características deben tener las actividades para entender que existe una función de este carácter; y por otra, analizar el proceso que se sigue para la determinación de los sujetos que han de desarrollar la función administrativa, lo cual abarca los criterios que deben seguirse para otorgársela al Estado o a los particulares, que de acuerdo con el artículo transcrito, también pueden ejercer actividades de este tipo, aspectos que serán tratados en el apartado siguiente.

Esta definición de la Administración Pública desde la perspectiva de la Constitución Política de 1991, sujeta la función a un criterio finalístico. El marco constitucional colombiano dispone una serie de fines a los que debe tender toda la actuación de los diferentes órganos que componen el Estado, por lo que estas finalidades vinculan a las funciones legislativa, judicial y administrativa, de tal forma que las explican y la justifican.

En este orden las finalidades trazadas por la Constitución Política son las que deben definir cada una de las funciones que le corresponde desarrollar al Estado, de tal manera que cada uno de los sujetos (sean públicos o privados) a los que se

le otorga una actividad, se compromete en la real realización de tales fines.

Las finalidades dadas por la Constitución de 1991, que guían la totalidad de la actuación estatal se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

a. Los fines a los que responde el Estado colombiano están trazados desde el preámbulo de la Constitución Política de 1991. A partir de ellos se entiende que las funciones que debe realizar el Estado deben responder al fortalecimiento de la unidad nacional; al aseguramiento de sus integrantes en la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, social y económico justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana.

El carácter finalístico del preámbulo de la Constitución fue reconocido por la Corte Constitucional en sentencia C-479 de agosto de 1992, en donde se expresó respecto del tema de la siguiente manera: “El preámbulo de la Constitución incorpora, mas allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico, los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado, la motivación política de toda normatividad, los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de los artículos. El preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala las metas hacia las cuales debe orientar su acción, el rumbo de las instituciones jurídicas”.

b. El artículo 1 de la Constitución consagra que Colombia es un Estado social de derecho, concepción que le imprime la finalidad de buscar la solución de las necesidades económicas y sociales de la comunidad. Cada una de las instituciones estatales deben responder al carácter social que le ha impuesto la Constitución al Estado colombiano, por lo que la realización de las actividades

asignadas tiene que responder a esa finalidad.

c. Igualmente marca el destino que debe seguir el Estado cada uno de los derechos fundamentales y los de segunda generación, cuya realización es objetivo del Estado.

d. Las actuaciones del Estado también deben estar guiadas por la primacía del interés general, el cual, en ese orden se convierte en un fin del Estado. Así lo consagra el artículo 1 de la Constitución, que dentro de las notas que otorga al Estado establece la “prevalencia de interés general” y lo reitera en el artículo 209 que para el caso específico del ejercicio de la función administrativa establece que esta al servicio de los intereses generales.

e. Se une a los artículos citados, las siguientes disposiciones constitucionales: artículo 366 inciso 1, referente a la búsqueda del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, el artículo 123 inciso 2, que trata lo relativo al servicio a la comunidad, el artículo 365, inciso 1, que se refiere a los servicios públicos como finalidad del Estado y a su prestación eficiente, el artículo 2, incisos 1 y 2 que se relacionan con el cumplimiento de los deberes del Estado, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

f. Igualmente, tiene como fin el Estado el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; para lo cual se le ordena intervenir, entre otras actividades en los servicios públicos y privados (artículo 334 de la Constitución Política).

g. Desde la perspectiva legal, la ley 489 de 1998 refiriéndose a la función administrativa, consagra como finalidades de ella, la “satisfacción de las

necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con todos los principios y finalidades consagradas en la Constitución Política”, “los organismos, entidades, y personas encargadas de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”.

Bajo estos parámetros, es la importancia de una actividad estatal para el cumplimiento de una finalidad del Estado la que determina la existencia de una institución pública.

La Administración Pública en Colombia tiene un gran contenido finalístico, que debe unirse con los sujetos y la función, los cuales juegan un papel importante en la definición de Administración Pública. Así lo expresa el artículo 39 de la ley 489 de 1998: “La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tiene a su cargo el ejercicio de las actividades o funciones administrativas o la prestación de servicios públicos”. Sujetos que al igual que los otros que conforman el Estado deben responder a las finalidades trazadas por la Constitución.

Merece especial atención, dentro del tema de los fines, lo relativo a los servicios públicos. Estos en principios, son consagrados como finalidad del Estado, pero que técnicamente deben considerarse como una serie de funciones o actividades que concretan unos deberes más amplios que imponen la Constitución.

El concepto de los servicios públicos de la escuela clásica, tuvo influencia en Colombia en lo referente a la aplicación o no del derecho administrativo, si se estaba o no frente a un servicio público. Sin embargo, la Constitución Política de 1991 consagra este criterio, pero no en aplicación de los parámetros de la teoría clásica de los servicios públicos, sino haciendo referencia a la asignación de

funciones a órganos públicos o particulares con el objeto de concretizar y dar cumplimiento a los fines estatales, especialmente los de carácter social que le corresponde cumplir.

En este orden, dispone el artículo 365 constitucional: “los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado. Es deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos serán sometidos al régimen que fije la ley, podrán ser prestados directa o indirectamente por el estado, por comunidades organizadas o particulares. En todo caso el estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios públicos”, Así mismo dispone el artículo 367 constitucional que: “la ley fijará la competencia y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de la solidaridad y redistribución del ingreso”.

Los servicios públicos deben observarse como una forma de cumplir con los fines estatales, en especial con aquellos que provienen del carácter social que le imprime la Constitución, pues se entiende que del interés general que los define, se puede lograr las soluciones a los problemas sociales y económicos de la sociedad. Así lo expresa el doctor Santofimio: “La Constitución Política coloca a los servicios públicos en el sitio que naturalísticamente le corresponde. No son el fin mismo del Estado, lo contrario, la finalidad de Estado no es exclusiva de los servicios públicos; sino de la universalidad material de lo social en donde el servicio público es una parte específica de la misma”<sup>279</sup>. En el mismo sentido afirma el doctor Libardo Rodríguez, “...El mejor mecanismo que puede utilizar el Estado para garantizar los derechos sociales es ampliar permanentemente la prestación de los servicios *públicos*, mejorándolos y extendiendo su radio de acción”<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Ibidem p. 81

<sup>280</sup> RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 413



En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-540 de 1992: “los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de la comunidad, promueve la prosperidad general y garantiza la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales (...) La idea de los servicios públicos es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho”.

Desde esta perspectiva el servicio público se convierte en una serie de actividades que asignadas a los órganos públicos o a particulares, pretenden la realización de los fines estatales, lo cual nos llevan analizar dos aspectos desde el derecho colombiano, el primero referente al concepto de servicio público, y el segundo relativo a su gestión.

La noción de los servicios públicos en el derecho colombiano no ha sido ajena a las dificultades planteadas en el apartado anterior. Los servicios públicos han sido definidos por el concepto del interés general<sup>281</sup>, el cual, como se dijo, resulta tan difícil de concretizar que puede ser extendido de tal forma que sean muchas las actividades que comporten este carácter, o limitado sólo a lo que a través de los procesos políticos se establezca como servicio público.

Los servicios públicos fueron definidos a partir de la participación de la Administración en su gestión, criterio que ha sido revaluado desde los fenómenos que dieron lugar a la crisis de la teoría clásica del servicio público.

---

<sup>281</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-606 de 1992. Bogotá. Expresa que el interés general es aquel que se opone a lo privado, o ejercicio egoísta de las funciones.

En este orden de ideas, se ha llegado a establecer que no es posible dar una definición de los servicios públicos por su naturaleza, sino que serán las actividades que el Estado desea que comporten esta calidad<sup>282</sup>.

Desde el punto de vista constitucional y legal se encuentran los artículos 113 constitucional, referente a la actividad de notariado y registro como servicio público, el artículo 1 del decreto de 1956, incorporado en el Código Sustantivo del Trabajo, que define los servicios públicos como actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo a un régimen jurídico especial, bien que se realice directamente o indirectamente por el Estado o por personas privadas; en consecuencia son servicios públicos: Las *actividades* que prestan cualquiera de las ramas del poder público, las empresas de transporte por tierra, agua y aire, acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones, los establecimientos sanitarios de toda clase, como hospitales y clínicas, los establecimientos de asistencia social, caridad y de beneficencia, los servicios de higiene y aseo, la explotación, elaboración y distribución de sal, la explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, y cualesquiera otras que a juicio del gobierno interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica y social de pueblo, previo concepto de Consejo de Estado.

Haciendo uso de esta facultad, el gobierno declaró como servicio público a la actividad bancaria, sin embargo, esa prerrogativa en cabeza del gobierno fue derogada por el artículo 3 de la ley 48 de 1968.

En este orden de ideas, los servicios públicos en el sistema de derecho colombiano los define en principio el legislador, a través del proceso deliberativo que le es propio a las sociedades democráticas, dándole tal carácter a actividades que involucran el interés general y que permiten hacer realidad las finalidades

---

<sup>282</sup> RODRIGUEZ, Op.Cit., p. 417

trazadas por la Constitución, ejemplo de esto es la ley 142 de 1994.

Si el carácter de servicio público no está previamente definido en una norma, no por esta razón se ha dejado de considerar que ciertas actividades no comportan tal calidad; deberá realizarse el análisis correspondiente a la identificación del interés general en una actividad dada, función que generalmente le corresponde a los jueces en caso que haya conflicto por falta de unanimidad respecto de la presencia de este elemento en una tarea específica.

En lo relativo a la gestión, de acuerdo con los artículos citados, se abre paso para que los servicios públicos sean prestados por particulares, por el Estado o por organizaciones de carácter mixto, de tal forma que siempre se busque la mejor manera de desarrollar las actividades estatales, con el objeto de alcanzar los fines del Estado. Los criterios que se siguen para determinar uno u otro medio de gestión generalmente hacen referencia a la conveniencia y características de la actividad que se va a desarrollar; en este punto resulta pertinente la clasificación que realiza el doctor Libardo Rodríguez<sup>283</sup>, relativa a los servicios públicos, que pueden ser de carácter administrativo, los cuales consisten en el ejercicio de actividades que tradicionalmente son consideradas propias del Estado, porque ostenta el máximo grado de interés general, de tal manera que su prestación se realiza sin ánimo de lucro y muy excepcionalmente son desarrollados por particulares (ejemplos de ellos son la defensa nacional y la administración de justicia).

Por otro lado se encuentran los servicios públicos de carácter industrial y comercial, que aparecieron con ocasión de la crisis de la escuela clásica de los servicios públicos y que corresponden a “actividades que tradicionalmente han sido consideradas más propias de los particulares que del Estado, pero que involucran el elemento del interés general, sin dejar de lado lo relativo al ánimo de

---

<sup>283</sup> *Ibidem.* p. 421

lucro. El Estado suele participar en su prestación por medio de empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta”.

En este orden, el objeto de las sociedades de economía mixta encuentra su explicación en la teoría jurídica desde la relación que existe entre fines, funciones e instituciones estatales. Las finalidades trazadas por el ordenamiento jurídico colombiano justifican la creación y función de los entes del Estado y por lo tanto, de las sociedades de economía mixta.

### **13.3 CRITERIOS ECONÓMICOS**

Los amplios deberes sociales que le corresponde realizar al Estado colombiano, son los que explican la creación de instituciones estatales y por lo tanto, como ya se explicó en los apartados anteriores, la existencia de las sociedades de economía mixta, sin embargo no significan necesariamente la ampliación del ente estatal. De hecho, la Constitución Política de Colombia consideró como medios de gestión tanto los de carácter “privado” como los “públicos” para el cumplimiento de los fines estatales, por lo que es pertinente unir a los conceptos esbozados los criterios económicos relacionados con el papel del Estado.

**13.3.1 Desarrollo y Justificación de la Intervención Estatal.** Desde una perspectiva relativamente cercana, la defensa de la intervención estatal se encuentra especialmente en el siglo XVIII, en economistas franceses, quienes opinaban que el Estado cumple un papel importante en el fomento del comercio y la industria; sus defensores se conocen con el nombre de mercantilistas, y dentro de los principales defensores de esta doctrina se encuentra Jean-Baptiste Colbert, Ministro de Hacienda francés.

De acuerdo con los postulados de esta escuela, el Estado era indispensable para

que los intereses del pueblo fueran respetados, fundamentos que dieron justificación al activo papel que desempeñaron los Estados europeos en el establecimiento de sus colonias. “Sin embargo, aunque algunos países (o algunos ciudadanos de estos países) se habían beneficiado extraordinariamente del activo papel asumido por el Estado, otros, en los que este había asumido un papel mucho más pasivo, también habían prosperado. Además, algunos de los países que tenían un gobierno fuerte y activo no habían florecido, al dilapidar sus recursos en guerras y proyectos infructíferos”<sup>284</sup>.

Esta situación trajo consigo una serie de interrogantes relacionados con la posibilidad de que aquellas personas que constituyen las instituciones públicas respetaran en su actuación el interés público que debía ser buscado por éstas. En ocasiones, las decisiones tomadas por los organismos estatales parecían estar conforme con este interés y sin embargo las consecuencias no fueron buenas, en otras la relación con el interés público no se hallaba por ninguna parte.

Frente a la intervención estatal existente y los inconvenientes que presentaba, Adam Smith presentó su postulado según el cual: “se sirve al interés público simplemente cuando cada individuo hace lo que redunde en su beneficio. El egoísmo es una característica de la naturaleza humana mucho más persistente que la preocupación por hacer el bien y, por lo tanto, constituye una base más sólida para organizar la sociedad”.

Afirma Milton Friedman que la idea clave de las riquezas de las naciones se encuentra en que “si un intercambio entre dos partes es voluntario, no se llevará a cabo, a menos que crean que dicho intercambio las beneficiará”<sup>285</sup>.

El mecanismo que permite su realización, a pesar del poco conocimiento o

---

<sup>284</sup> STIGLITZ, Josephe. La economía del sector público. segunda edición. Barcelona: Editorial Antoni Bosch, 1997. p. 64

<sup>285</sup> FRIEDMAN, Milton y Rose. La libertad de elegir. Nueva York: Editorial Grijalbo, 1980. p. 30

cercanía que una persona pueda tener frente a otra, es el sistema de precios, el cual permite que los oferentes produzcan lo que los consumidores están dispuestos a pagar y en la calidad que lo requieren, en la medida en que transmiten la información necesaria a los interesados respecto de cuanto se está dispuesto a pagar por un producto e incentiva a los fabricantes a su producción con el objeto de obtener ganancias, así como el desarrollo de nuevas tecnologías que permitan lograr este mismo objetivo.

Bajo estos presupuestos se han formulado las virtudes del mercado, que es el medio por el cual se determina el precio y las cantidades de un bien a partir de la participación de los productores, consumidores y del sistema de precios como mecanismo que permite la coordinación de las operaciones de intercambio entre dos partes sin necesidad de la intervención estatal, las cuales solo se realizan si reportan beneficio de los participantes, los cuales en esta búsqueda terminarían actuando en pro del interés general.

Estas ideas tuvieron una gran influencia, pero su aceptación no fue plena. Hay quienes no confiaron lo suficiente en las virtudes del mercado y apelaban por una intervención estatal que permitiera superar las crisis sociales que existía en su momento, en tal sentido se expresaron Karl Marx y Robert Owen, quienes desde otra perspectiva proponían otra forma de organización de la sociedad.

La aceptación de la intervención estatal aparece de manera generalizada nuevamente desde 1930, luego de la crisis de 1929, época en la que se pone en evidencia un conjunto de necesidades sociales que no eran satisfechas ni siquiera en los países más ricos. “La gran depresión sacó a la palestra, problemas que existían desde hacía tiempo, si bien con carácter más graves. Muchas personas perdieron casi todo su dinero en los bancos y numerosos ancianos carecieron de recursos con que sobrevivir. Muchos agricultores se encontraron que el precio de

sus productos era tan bajo que no alcanzaba para el pago de sus hipotecas”<sup>286</sup>.

Bajo estos presupuestos se impulsó una fuerte intervención estatal que buscó la estabilización de la economía y la consecución de una serie de metas sociales. Sin embargo, no todos los programas desarrollados por el Estado produjeron todos los resultados positivos que se esperaban; luego de la creciente asunción de responsabilidades por parte del Estado ha quedado un profundo déficit fiscal, países como Inglaterra y Suecia, conocidos como los Estados más representativos del éxito de la intervención, han venido enfrentando duras crisis, “Gran Bretaña ha enfrentado problemas cada vez mas graves para financiar uno gastos públicos crecientes. El servicio nacional de salud, en un momento dado la joya más valiosa de la corona del Estado de bienestar y considerada por la mayoría de la opinión pública británica como uno de los grandes logros del gobierno laborista, se ha enfrentado a dificultades cada vez mayores, amenazado por huelgas, los costes crecientes y el aumento de las listas de espera de los pacientes. Un número de personas cada vez más elevado se está dirigiendo a médicos, casas de reposo, hospitales y sistemas de protección en salud privados (.....) El gobierno ha tenido que abandonar su propósito de alcanzar el pleno empleo. Subyaciendo a todo lo demás, la productividad y la renta real en Gran Bretaña, en el mejor de los casos ha permanecido estancada, de modo que se ha colocado muy por detrás de las de sus vecinos continentales. La insatisfacción afloró drásticamente en la importante victoria obtenida por el partido Tory en 1979, una victoria basada en la promesa de Margaret Thatcher de cambiar drásticamente el sentido de la administración pública(.....) Suecia también ha sufrido recientemente las mismas dificultades que Gran Bretaña (.....) también en este caso los votantes han expresado sus puntos de vista en las urnas. En 1976 los electores acabaron con más de cuatro décadas de dominio del partido socialdemócrata, reemplazándolo por una coalición de otros partidos”<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> STIGLITZ, Op.Cit., p. 13

<sup>287</sup> FRIEDMAN, Op.Cit., p 145-146

Hoy se tiene claro que las virtudes del sistema de precios y del mercado funcionan en unas circunstancias dadas, sin embargo aún no existe consenso respecto del papel del Estado: unos opinan que debe seguir desarrollando un papel activo como el economista Jhon kenneth; otros como Milton Friedman y Georges Stigler propenden por el postulado contrario.

13.3.1.1 Fallos del mercado. Tal como se expuso, dentro de la doctrina económica se ha reconocido que las virtudes del mercado y del sistema de precios son limitadas a unas circunstancias dadas, por lo que se ha establecido en que sentido estos conducen a la eficiencia, otorgando al Estado un papel de participación referido a los hechos que no permiten que se desarrollen los beneficios del sistema de mercado, los cuales son definidos como fallos del mercado. De esta manera, en principio las funciones del Estado responden a estos fallos y desde esta perspectiva la economía otorga unos criterios que permiten precisar la actuación estatal.

Las condiciones en las que los mercados guían a la eficiencia economía, han sido objeto de estudio de muchas investigaciones económicas que se han realizado en las últimas décadas; sus resultados esenciales se resumen en los teoremas fundamentales de la economía de bienestar<sup>288</sup>:

a. Según el primer teorema, en determinadas circunstancias los mercados competitivos conducen a una asignación eficiente de los recursos que tiene una propiedad especial, según la cual no se puede mejorar el bienestar de una persona sin empeorar, al mismo tiempo el de alguna otra. Cuando las asignaciones de recursos tienen esta característica se conocen como asignaciones eficientes en el sentido de Pareto. La eficiencia en este sentido es el concepto que

---

<sup>288</sup> STIGLITZ, Josephe. La economía del sector público. Segunda edición. Barcelona: Editorial Antoni Bosch. 1997. 65 p. y siguientes.



generalmente utilizan los economistas al referirse a la eficiencia.

b. El segundo hace referencia a que si bien la eficiencia en el sentido Pareto sólo establece que no es posible mejorar el bienestar de una persona sin empeorar el de otra, la asignación de recursos resultante puede no ser equitativa, circunstancia que no implica que se deba dejar el mecanismo del mercado, lo único que se tiene que hacer es redistribuir la riqueza inicial y dejar actuar al mercado competitivo. Esto tiene una implicación importante: todas las asignaciones eficientes en el sentido de Pareto pueden alcanzarse por medio del mercado y el Estado debe reducirse a la redistribución correcta de la renta.

La condición indispensable para que los mercados se comporten eficientemente en el sentido de Pareto es la competencia. Esta conduce a la eficiencia porque las empresas producen aquello en lo que encuentran ganancia, lo cual está determinado por lo que los consumidores están dispuestos a adquirir, hechos que están coordinados por el sistema de precios que es el que trasmite la información necesaria para que el intercambio se produzca de tal forma que las partes participantes alcancen su beneficio. Bajo estos presupuestos los mercados competitivos son eficientes, pues permiten igualar el beneficio y coste adicional de un individuo al adquirir un bien más, con el coste adicional de producir el bien, es decir, que se iguala el precio que cobran los productores con el costo de producir una unidad adicional.

Por otra parte la amenaza de la competencia también trae consigo la búsqueda de oportunidades más rentables desarrollando nuevas tecnologías, por lo que a pesar que una empresa pueda establecer monopolios temporales se verá obligada a seguir siendo eficiente, en la medida en que temerá que otras empresas le quiten el mercado al desarrollar mejores formas de producción.

Joseph Stiglitz afirma que son seis las razones por las que se considera debe intervenir el Estado:

a. Fallo de la competencia. Los precios son el mecanismo por el que se permite el intercambio, sin embargo, éstos no transmiten la información correcta cuando no existe competencia, situación que se presenta cuando un comprador o vendedor puede influir en el precio de un bien, de tal forma que los precios suban por encima de los costos, generando ineficiencia. El caso más extremo de los fallos de la competencia es monopolios, casos en los cuales se defiende que el Estado asuma la actividad con el objeto de conservar la eficiencia y el interés público. Hay quienes afirman que la intervención del Estado en este aspecto debería limitarse a la regulación, pues las empresas públicas suelen ser ineficientes; por su parte, existen quienes opinan que la regulación también genera ineficiencia en la medida que responde a los intereses de los grupos de presión y afirman que no hay razón para creer que la empresa pública defienda en mayor grado el interés general que la privada<sup>289</sup>. Sin embargo los fallos de la competencia han justificado la producción de bienes privados por parte del Estado, los cuales cobijan actividades de carácter industrial y comercial, campo en el que legalmente le corresponde actuar a las sociedades de economía mixta, por lo que este fallo del mercado puede ser un motivo para su creación.

b. El siguiente fallo del mercado hace referencia a bienes que no son suministrados por el mercado, o si lo son, la cantidad suministrada es insuficiente. Estos son conocidos como bienes públicos que comportan las características de: no costar nada que una persona mas disfrute de sus ventajas, y es difícil o imposible impedir que otros disfruten del bien público, características que no permiten que las organizaciones privadas adquieran las ganancias que podrían obtener si se dedicaran a la producción de bienes privados. Si los bienes públicos son suministrados por particulares, éstos cobrarán un precio por su disfrute, situación que disuadirá a disminuir su utilización por una persona adicional, lo que producirá una subutilización de estos bienes. Esta definición de bienes públicos

---

<sup>289</sup> STIGLITZ, Op.Cit., p. 212

enfrenta varios inconvenientes: el primero hace referencia a que del simple hecho de encontrar estas dos propiedades en un bien no se concluye que el bien deba ser producido por el Estado, “nadie puede quedar excluido de disfrutar explosiones en lo alto, ni tampoco la aparición de un observador mas puede disminuir el placer de los demás<sup>290</sup>”, actividades que pueden ser realizadas por empresas privadas; el segundo, se relaciona con el anterior en que si bien estas dos propiedades de los bienes públicos pueden ser importantes para su determinación, circunstancias como la descrita, conducen a que la consideración de la producción de un bien público se determina a través de procesos políticos en los que se trata de conciliar lo que se considera debe hacer el Estado, pues se piensa que son bienes que comportan un importante valor social y no son suministrados por el mercado o la cantidad que se produce de ellos no es suficiente, por lo que la producción de estos bienes por parte del Estado queda sometida a los riesgos a los que se enfrentan las decisiones que se toman en este tipo de procesos en una sociedad de corte democrático, los cuales serán explicados en el apartado siguiente. Por otra parte las decisiones relacionadas con las actividades que debe llevar a cabo el Estado involucran un debate sobre los fines que a éste le corresponde cumplir, respecto de aquello que es importante que realice para que la sociedad sea mejor; esto lleva a que se considere que el Estado no sólo debe participar en la producción de bienes públicos, sino también en la de los bienes privados.

c. Otra circunstancia que justifica la intervención estatal es la que hace referencia a la existencia de actos de una persona o empresa que impone costos a otra persona o empresa que no son compensados, o que les generan beneficios que no son retribuidos, los primeros se conocen como externalidades negativas, los segundos como positivas. Cuando hay actividades que generan externalidades se considera que la asignación de recursos que produce el mercado puede no ser eficiente.

---

<sup>290</sup> DONAHUE, John D. La Decisión De Privatizar: fines públicos, medios privados, Argentina: Editorial Paidós, 1991. p. 37

d. Dos aspectos más permiten la intervención del Estado: los mercados incompletos y los mercados complementarios. El primero hace referencia a bienes que no comportan las propiedades de los bienes públicos y por lo tanto considerados como privados, pero que son suministrados inadecuadamente por el mercado. Se coloca como ejemplo de esta circunstancia el mercado de seguros, en el cual se ha considerado que existen casos en los que el mercado no suministra los seguros que los particulares están dispuestos a pagar y que han tenido que ser asumidos por el Estado, esta situación a menguado en los últimos años y aunque el Estado no deja de ofrecer ciertos tipos de seguros, la participación de los particulares en ellos ha crecido. En éste campo también se encuentra el mercado de capitales, en el que se ha estimado que el Estado debe suministrar cierto tipos de préstamos, como los estudiantiles en condiciones con tipos de interés mucho más bajos que los del mercado. Sin embargo, hoy el Estado abarca actividades mucho más amplias en este mercado. En estas dos circunstancias encontramos justificación para que Estado desarrolle actividades de carácter industrial y comercial y por lo tanto para la creación de sociedades de economía mixta.

e. Otro fallo del mercado que justifica la intervención estatal son las falencias que se presentan en el suministro de la información. Esta es un bien público pues el suministrar información a una persona adicional no supone reducir la cantidad de información que tienen otras, por lo que el mercado no suministra una cantidad adecuado de este bien.

f. Por último, se ha considerado que una de las muestras más importantes de que algo no funciona bien en el mercado es la imposibilidad de generar por sí solo pleno empleo, dando lugar a las protestas de la clase trabajadora.

Bajo éstas circunstancias se considera que el mercado no genera una asignación eficiente en el sentido de Pareto, pero aunque estos fallos del mercado no existieran, al Estado le corresponde intervenir para conseguir una distribución de la

renta equitativa y deseada para una sociedad mejor, así como para lograr que los particulares decidan por lo que realmente les conviene, pues ellos pueden no actuar a favor de su propio interés aunque lo hagan inocentemente, ejemplo de esto es la obligación impuesta por el Estado respecto a la utilización de los cinturones de seguridad.

Desde esta perspectiva, se otorgan criterios que permiten precisar mucho mejor la actuación del Estado, esto es, la identificación de un fallo de mercado, la planificación de una estrategia pública para su solución y la determinación de sus costos y beneficios; pero no la determinan completamente. El Estado se define no sólo en los términos planteados, sus decisiones responden a una serie de valores que existen en la sociedad, “los miembros de las democracias consideran al gobierno no sólo como un mecanismo, complementario al mercado, para satisfacer las necesidades individuales sino también como una expresión y un instrumento de aspiraciones morales y económicas”<sup>291</sup>. Esto explica que en las democracias las decisiones relacionadas con la actuación del Estado se determinan en procesos políticos en los que se pretende conocer la voluntad de la sociedad, que generalmente esta determinada por la regla de la mayoría.

#### **13.4 DETERMINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

**13.4.1 Objeto social de las sociedades de economía mixta.** Las sociedades de economía mixta, que bajo los presupuestos expuestos y las normas que regulan la materia (normas constitucionales citadas y artículos 97 y siguientes de la ley 489 1998), son entidades pertenecientes a la Administración Pública tal como la dispone el artículo 38 de la ley 489 de 1998, cuyo objeto es la realización de actividades industriales y comerciales, que podrán tener o no el carácter de servicio público, deben responder a la realización de una finalidad estatal, ya que la

---

<sup>291</sup> Ibidem, p. 39

actuación del Estado esta determinada por los fines que le corresponde cumplir.

Son pues, un medio de gestión caracterizado por la participación de los particulares y el Estado, así como por la adopción de las formas establecidas para las sociedades comerciales, desarrollan actividades de carácter industrial y comercial que fomenten la economía, es decir guíen el impulso de los particulares hacia el interés general con el objeto de realizar los fines que justifican el Estado y que fueron trazados por la Constitución. Le corresponde al ente estatal definir cuando desea valerse de las sociedades de economía mixta con ese fin, lo cual implica que la determinación del objeto de una sociedad de economía mixta sea el resultado de una decisión política.

**13.4.2 La Actuación del Estado: una Decisión Política.** En una economía de mercado la determinación de la producción de los bienes privados, se realiza a través del sistema de precios que permite coordinar el intercambio de dos partes que buscan su beneficio. Las decisiones de lo que debe realizar el Estado se rigen por un sistema diferente; esta decisión le corresponde a las personas elegidas a través de una votación para que ellos reflejen la voluntad de los electores en todas las actuaciones que ha de realizar el Estado.

Este sistema democrático de decisión de las tareas públicas concentra la actuación del Estado en los deseos de la sociedad, los cuales están representados por las personas elegidas para estos efectos; y por lo tanto, desechan otras formas de determinación de las acciones públicas, tales como el sistema monárquico o teocrático.

Los principios de la democracia parecen generalizados en el mundo occidental; los organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) y la Organización de Estados Americanos (O.E.A), han hecho de su defensa una de sus banderas. La Carta de la Organización de los Estados Americanos

reconoce que “la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región y que uno de los propósitos de la OEA es promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no-intervención”.

**13.4.3 Los Inconvenientes del sistema Democrático.** Se ha reconocido que a pesar del noble deseo que puede encerrar el sistema democrático, al querer conciliar intereses y limitar las arbitrariedades, su funcionamiento presenta importantes inconvenientes, los cuales deben ser tenidos en cuenta en la medida en que la determinación del objeto de las sociedades de economía mixta, es decir, actividades de carácter industrial y comercial, no se rige por los principios del mercado, sino por principios democráticos, ya que estamos frente a una actuación estatal. Estas sociedades son medios de gestión para los fines del Estado, su creación y la determinación de la actividad a desarrollar está sometida a un proceso político y no a la ley de la oferta y la demanda.

Los inconvenientes mencionados se desarrollarán, refiriéndonos a los siguientes temas: la votación, como medio de elección de los representantes de la sociedad, y las posibilidades de fidelidad de éstos en relación con los intereses de la sociedad, lo cual abarca aspectos relacionados con los grupos de interés y los problemas de información.

El voto como sistema de selección de las personas que han de guiar el curso del Estado para el logro del bienestar social, tiene como virtud permitir que todas las opiniones de los miembros del grupo social tengan en principio un “igual valor”; sin embargo, su principal limitante se encuentra precisamente en que una persona tenga derecho sólo a un voto, de forma tal que ella no puede expresar todos sus deseos a través de él, y posiblemente escogerá aquellas personas que tengan propuesta se acerquen a sus apetencias, pero esto no significa que realmente está eligiendo todo lo que desea.

Como lo expresaremos más adelante, la información que suministran los candidatos puede no ser sincera, o es demasiado vaga, porque aún conociendo toda la información puede el elector estar de acuerdo con unos de los puntos propuestos por el candidato, pero no con otros; por ejemplo, "un votante *concuerta* (...) con un candidato en materia presupuestaria, pero vota en su contra por repugnarle su posición en temas como el aborto o la pena de muerte, su papeleta no proporcionará ninguna información válida de sus preferencias en lo que concierne al gasto público"<sup>292</sup>, caso en cual algunas de las posiciones asumidas por el candidato elegido, respecto de la actuación del Estado no satisfacen algunos de los deseos del elector.

De este punto se desprende el problema relacionado con la fidelidad de los representantes a la voluntad de los electores, ya que como éstos no pueden precisar claramente sus deseos, los candidatos elegidos no tienen claridad respecto de lo que realmente quieren sus electores. De hecho, aunque se alegará que se votó teniendo conocimiento de aspectos que no eran deseados por el elector, expresó su voluntad de tal manera porque consideró que los beneficios que le reportaban aquellos asuntos que están conforme a su voluntad son mayores, que los perjuicios que le pudieran causar aquellos aspectos que no desea; simplemente se pone de presente que el sistema democrático impone un costo social, que pretende ser menor al beneficio que genera una decisión.

La regla utilizada para que se alcance tal ideal, es la de las mayorías, regla que también trae consigo otros inconvenientes, ya que su sabiduría es limitada, aunque encierre buenas intenciones al intentar sopesar intereses. Debe tenerse en cuenta que la circunstancia aquí descrita no coincide con los problemas generados por la corrupción pública, es simplemente un inconveniente propio del funcionamiento de los procesos de elección propuestos por la democracia, que puede presentarse

---

<sup>292</sup> Ibidem, p. 46.



aunque se tengan las más buenas intenciones.

De hecho se ha afirmado por parte de la teoría de las elecciones públicas, que los funcionarios públicos son maximizadores de beneficios, el cual se manifiesta en el mantenimiento de sus cargos por lo que sus decisiones se encaminan a lograr este fin y no necesariamente el bienestar social.

Ahora, dentro del proceso de elección de una función pública, por parte de los funcionarios elegidos por el pueblo, se ha desarrollado por la ciencia económica y política el concepto de grupos de interés, que hace referencia a la organización de personas para la defensa de sus intereses. Para tal efecto intervienen en el proceso de elección de los funcionarios, así como en el de la determinación de una decisión estatal, de diversas formas, tales como la coordinación de los votos de los miembros de los grupos de interés, la identificación de las posiciones de un candidato con los ideales que son defendidos por la organización, el incremento del peso de las políticas propuesta por candidato, a través de campañas callejeras, hasta la realización de posibles sobornos.

La actuación de los grupos de interés puede permitir que los deseos de los miembros de la sociedad se puedan establecer en una forma más clara o puede lograr que la actuación del Estado se aleje más de ellos, en la medida que su fuerza es mayor que la de los miembros de la sociedad que no están organizados; “supongamos que un grupo imprime y transmite por radio un mensaje, organiza sus miembros para que realicen visitas (...) Esto podría significar que los miembros del grupo se preocupan particularmente por un tema, sugiriendo que la sociedad debería dar mas peso a sus deseos que lo que un simple recuento de votos pudiera indicar. O podría significar así mismo que el grupo esta lo suficiente bien situado como para ejercer una presión política, independientemente de lo

endeble que pudieran resultar sus reclamos”<sup>293</sup>.

El concepto de grupo de interés nos enfrenta a la actuación e influencias de los miembros de la sociedad no organizada (electores), la cual se ve marcada por los fallos de información.

Existen varias razones por las que los electores no se encuentran bien informados respecto de las decisiones que se están tomando en su nombre. La primera está relacionada con la indiferencia hacia los debates que determinan la actuación del Estado, por la complejidad de los temas que encierra; la segunda hace referencia a la lógica costos-beneficio, en la medida en que los primeros son mayores a los beneficios que reportaría aun ciudadano estar bien informado, pues su opinión afectaría de manera muy ínfima las decisiones públicas. La tercera tiene que ver con la creencia de los ciudadanos de no estar desinformados, o de creer que tiene la información correcta, cuando en realidad ha sido un invento de los candidatos, que no suelen ser sinceros en sus informaciones en la medida que dicen lo que se quiere oír aunque no sea cierto.

Estas características de los procesos políticos en una democracia, relacionados con las decisiones que determinan la actuación del Estado generan una serie de propiedades de los proyectos públicos. La falta de precisión de los deseos de los electores con relación a lo que disponen los funcionarios elegidos, genera que las actividades que se disponga realizar el Estado, no concuerden totalmente con los deseos de la sociedad, lo que produce, en principio, que se puedan tomar decisiones que busquen el bienestar social, ya que a pesar que exista un costo social, las utilidades dejadas por una decisión tomada son superiores a los costos, pero también trae consigo el riesgo que la actuación del Estado este determinada por grupos organizados e intereses influyentes que desvíen su actuación lejos del bienestar general.

---

<sup>293</sup> Ibidem, p. 51.

Cuando se pasa al campo de la gestión y por lo tanto, la asignación de funciones públicas a distintas instituciones para su realización, se corre con riesgo de la laxitud, puesto que toda organización con el tiempo tiende a generar cierta ineficiencia, no sólo las del sector público, sino también las del sector privado, circunstancias que son atenuadas en este ámbito gracias a los intereses que genera la propiedad y a los riesgos de la competencia.

En el sector público, los proyectos se hacen a nombre de los ciudadanos y en su beneficio, lo que produce que aquellos que dirigen un fin público no desplieguen el cuidado que tienen las instituciones privadas en el desarrollo de sus actividades, lo cual explica por qué los edificios de propiedad del Estado están más descuidados, y que la tecnología llegue tiempo después de estarse utilizando en el sector privado. Por su parte, la imprecisión del concepto de interés público genera que los funcionarios que dirigen las instituciones públicas presionen en la obtención de beneficios que en un lugar similar en el sector privado no obtendrían.

**13.4.4 El objeto de las sociedades de economía mixta: una decisión política sujeta a riesgos.** Desde esta perspectiva, los proyectos que realiza el Estado se ven enfrentados a ciertos inconvenientes relacionados con el proceso en el que se decide que debe realizar, pues por sus características se corre el riesgo de decidir por lo que no refleja la realidad, de no medir las consecuencias reales del proyecto, ya que los beneficiarios somos todos, luego el interés del buen desarrollo del proyecto se encuentra disperso.

En la medida en que el objeto de las sociedades de economía mixta lo determina el legislador, está sometido a los riesgos relacionados con el proceso político; sin embargo, como modelo de gestión de actividades que buscan realizar los fines estatales, puede concretar en mayor medida el interés de que su objeto se cumpla en forma eficiente, ya que su propiedad está en parte en cabeza de los particulares

que podrían lograr un buen funcionamiento de la sociedad, con el objeto de defender su propio interés. No obstante, esta virtud de las sociedades de economía mixta puede verse atenuado por aquello que justifica su creación: “el cumplimiento de los fines estatales”, puesto que tal como se expuso, su creación y actividad a desarrollar no es producto del funcionamiento del mercado, sino de una decisión política, la concreción de tales fines es su justificación antes que los beneficios que del negocio se puedan obtener.

Sin embargo, nos preguntamos qué sentido tiene hablar del cumplimiento de fines estatales mediante organizaciones que generan cada vez más pérdidas, hasta el punto de convertirse en empresas que no son sostenibles dentro del mercado.

### **13.5 REGIMEN JURÍDICO DEL OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.**

Teniendo claro que hablar de las actividades de las sociedades economía mixta, trae consigo una serie de aspectos relacionados con el papel del Estado en la sociedad, toda vez que ellas son mecanismos de intervención estatal con miras a unos fines concretos, donde aquello que mediante ley y posteriormente en el contrato social le es asignado como objeto social, responde a una decisión política y no exclusivamente al libre juego de la oferta y la demanda, es pertinente plantear lo dispuesto en las normas jurídicas colombianas relacionadas con este tema.

Como ya se ha mencionado en todo este trabajo, las reglas jurídicas a las que deben someterse las sociedades de economía mixta, son las dispuestas en la legislación mercantil y en el tema del objeto social no existe excepción sobre este punto. En este orden es pertinente que se tenga en cuenta lo dispuesto en el Código de Comercio respecto del objeto social de las sociedades comerciales, lo cual tendrá total aplicación a las sociedades objeto de nuestra investigación.

En términos del numeral 4 del artículo 110 del Código del Comercio, el objeto social está dado por “la empresa o negocio que ha de desarrollar la compañía” y que es descrito en el contrato social y en la ley de que ordena su constitución en el caso de las sociedades de economía mixta. En otros términos el objeto social de una sociedad responde claramente a aquello que mediante ella los socios desean que se haga, lo que tiene una especial connotación en las sociedades de economía mixta, en la medida que en que al ser el Estado uno de sus socios su objeto social responde a una serie de fines que han de concretarse en la actividad específica que le ha sido asignada, mediante la cláusula del contrato social que contempla el objeto de la sociedad.

Jurídicamente, la determinación del objeto social trae consigo una serie de aspectos que se relacionan con la capacidad de la sociedad y que determinan la validez de sus actos. En este sentido el artículo 99 del Código de Comercio dispone que: “ la capacidad de la sociedad de circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Por lo que aquello que este dispuesto como objeto social de la sociedad determina lo que le esta permitido hacer a la compañía como sujeto de derecho, lo cual doctrinalmente se conoce como la teoría de la especialidad.

En este orden de ideas el objeto social, además de determinar la capacidad de la sociedad, establece la validez de los actos del máximo órgano social, las facultades de los administradores y señalan la competencia del órgano de representación. En este punto debe precisarse conceptos como objeto principal y secundario. El primero hace referencia a las actividades económicas que son trazadas como marco general en el contrato social y el segundo se refiere a una serie de actos que la compañía puede realizar en desarrollo de las primeras.

El artículo 99 del Código de Comercio al hablar del objeto secundario establece: “que se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente

relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, legales o convencionales derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. En este aspecto debe considerarse que dentro del objeto secundario no se encuentran actividades que aunque sean conexas o complementarias no están directamente relacionadas con el objeto principal, por lo que tales actos estarían viciados de nulidad dado que exceden la capacidad.

En síntesis, jurídicamente el objeto social de una compañía determina el ámbito en el que puede moverse la sociedad, permitiéndole utilizar todos los instrumentos necesarios para realizar aquello que los socios han dispuesto como objeto principal de la compañía.

### **13.6 OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COLOMBIANA DEL ORDEN NACIONAL**

En la tabla 10 se presentan los tipos de objeto social que han sido adoptados por las sociedades de economía mixta del orden nacional en nuestro país.

**Tabla 10. Objeto social de las sociedades de economía mixta del orden nacional.**

SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	OBJETO SOCIAL
Fondo Nacional de Garantías SA:	Servir de instrumento para facilitar el acceso a todas las personas naturales y jurídicas, que carezcan de las garantías suficientes exigidas por los establecimientos de crédito nacionales o extranjeros, entidades vigiladas por la superintendencia Bancaria y otros de igual naturaleza a este fondo y demás formas asociativas del sector solidario
Instituto de fomento industrial	Prospectar y promover la creación de nuevas empresa, colaborar en el establecimiento de iniciativas particular y contribuir al desarrollo y reorganización de las ya existentes.
Empresa colombiana de vía férreas	Mantener, mejorar, rehabilitar, extender, modernizar, explotar, dirigir y administrar la red férrea del país, así como regular y controlar la operación del sistema férreo del país.
Sociedad de transporte ferroviario SA	Prestación de servicio ferroviario con criterio comercial.
Artesanías de Colombia	Dignificación y mejoramiento del artesano colombiano, elevando su nivel cultural, profesional, social y económico, así como el desarrollo y promoción industrial.
Fiduciaria la previsor S.A.	Celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias por normas generales y a ésta a esta sociedad por normas especiales
Banco Granahorrar	Desarrolla las actividades autorizadas por la ley para los bancos comerciales
Banco del Estado S.A	Desarrollar las actividades, operaciones y servicios propios de un banco comercial
Fiduciaria del Estado. Fiduestado S.A.	Celebración y ejecución de los contratos de fiduciaria mercantil y encargos fiduciarios contemplados en el Código de Comercio, las disposiciones que lo reglamentan, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las demás formas que los adicionen o reformen
Banco Cafetero S.A. Bancafé	Puede realizar todas las operaciones propias de los establecimientos bancarios de carácter comercial
Central de Inversiones S.A. CISA	Adquisición, administración y enajenación de activos improductivos de establecimientos de crédito del sector público y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafín, con el fin de optimizar su recuperación en el mejor tiempo posible.
Financiera FES S.A. Compañía de Financiamiento comercial	Captar en moneda legal recursos de público, para colocarlos posteriormente a través de préstamos, descuentos, anticipos y cualquier otra operación activa permitida, dirigida principalmente a facilitar la comercialización de bienes y servicios.

<b>SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	<b>OBJETO SOCIAL</b>
Industria aeronáutica colombiana.	Organizar, construir y explotar centros de reparación, entrenamiento aeronáutico y ensamblaje de aeronaves y sus componentes y la importación, comercialización y distribución de repuestos, piezas, equipos y demás elementos necesarios para la prestación de servicios aeronáuticos.
Cofinpro S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, antes Pronta S.A.	Realizar todas las operaciones autorizadas por el Decreto 1970 de 1979, las leyes, decretos y reglamentos, la costumbre mercantil y demás disponibles que rijan en el territorio nacional o en el extranjero.
Compañía de Financiamiento Comercial Promotora de Recursos e Inversiones S.A	Realizar todas las operaciones autorizadas por el Decreto 1970 de 1979, las leyes, decretos y reglamentos, la costumbre mercantil y demás disponibles que rijan en el territorio nacional o en el extranjero.
Finagro	Desarrolla las actividades propias de los organismos financieros y de redescuentos.
Fiducoldex	Celebrar contratos de fiducia mercantil con la nación, representada por el banco de comercio exterior.
Hotel Tequendama	Explotación de la industria hotelera
Vecol S.A.	Promoción y estímulo del incremento de la producción agropecuaria y de insumos, mediante la racionalización de su producción, distribución y venta, así como el mejoramiento de la salud humana, mediante la fabricación, producción, venta, comercialización, exportación, importación, etc., de productos químicos, biológico y farmacéuticos.
Banco agrario	Administrar recursos para el subsidio familiar de vivienda rural, que venían siendo desarrolladas por la Caja Agraria. En el se realizan los depósitos judiciales y las consignaciones de las multas y cauciones.

### 13.7 CONCLUSIÓN

El Estado colombiano tiene amplios deberes sociales que le corresponde cumplir conforme a lo que ha sido plasmado en la Constitución de 1991, por lo cual la pregunta relacionada con los medios para que ellos se puedan desarrollar tiene hoy vital importancia. Las sociedades de economía mixta son uno de esos medios que presenta un atractivo especial: “la combinación de capital privado con el público, permitiendo la utilización del esfuerzo de los particulares, sin que el Estado



se desprenda de la dirección de una actividad, con el objeto de alcanzar el interés general”.

Son pues, un medio de gestión para los fines del Estado que pertenece a la Administración Pública tal como la dispone el artículo 38 de la ley 489 de 1998, cuyo **objeto** es la realización de actividades industriales y comerciales, que podrán tener o no el carácter de servicio público y que encuentran su explicación en la relación que existe entre fines, funciones e instituciones estatales. Las finalidades trazadas por el ordenamiento jurídico colombiano justifican la creación y función de los entes del Estado y por lo tanto de ellas.

Las sociedades de economía mixta son una especie de híbrido entre los medios exclusivamente públicos y privados y de ello parece derivar su mayor ventaja, sin embargo de allí surge su mayor peligro, pues existe la tendencia a olvidar que tal atractivo no elimina el riesgo que significan estas sociedades como organización pública.

Son entes que legalmente están vinculados a la administración pública, y cuya actividad no se determina por el libre juego de la oferta y la demanda, por lo tanto su creación y la determinación de su objeto son fruto de una decisión política. Su relación íntima con la realización de los fines del Estado, implican igualmente que el desarrollo de su objeto no pueda ser planteado en términos de mercado.

Por lo tanto consideramos un error que el simple hecho que en su estructura se combine capital público y privado y se adopten las formas sociales consagradas en el Código de Comercio, se entienda que estas sociedades están libres de la dificultad que traen consigo los entes en los que el Estado participa de forma exclusiva. Ellas también se enfrentan a los inconvenientes que a lo largo del capítulo planteamos y que existen desde su creación y se extienden en el transcurrir de su vida.

Es por ello que afirmamos que la decisión de creación de una sociedad economía mixta, así como la determinación de su objeto social, es una decisión política sujeta a riesgos, que abarcan todos los que tienen que ver con el proceso de corte democrático que se sigue para su determinación y lo relacionado con la laxitud, la indeterminación de criterios para conocer si los fines por los cuales fue creada se están cumpliendo y la ineficiencia a la que se encuentran sometidos quienes hacen parte de la entidad toda vez que no es posible aplicar a cabalidad los beneficios de la competencia, debido a la protección estatal que la entidad y la actividad que desarrollan merecen.

## CAPÍTULO XIV

### 14. LOS ÓRGANOS SOCIALES EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

#### 14.1 RÉGIMEN APLICABLE

En el régimen societario colombiano se señalan marcadas diferencias en razón al origen del capital aportado al ente social. Las sociedades de capital privado, sean civiles o comerciales según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 222 de 1995 se sujetan, para todos los efectos, a la Legislación Mercantil. Este régimen jurídico se basa en el postulado de la autonomía de la voluntad privada y se regula conforme a un esquema contractualista. Sin embargo pueden existir restricciones de diversa índole que implican la injerencia del Estado en la actividad de las sociedades constituidas por capital privado<sup>294</sup>.

Aunque las normas del Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Régimen Bursátil están dispuestas especialmente para el funcionamiento de sociedades constituidas por capital de los particulares, pueden aplicarse también a sociedades donde confluyen aportes del Estado con los aportes de los inversionistas del sector privado tal como lo prevé el Código de Comercio en el Título VII del Libro Segundo en relación con las Sociedades de Economía Mixta.

La Ley 489 de 1998 mediante la cual se expidieron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 97 confirma lo expuesto cuando dice:

---

<sup>294</sup> Una de las manifestaciones de la intervención del Estado en la actividad societaria, constituye la inspección, vigilancia y control que ejerce a través de la Superintendencia de Sociedades. Artículo 189 Numeral 24 de la Constitución Política de 1991. Ley 222 de 1995, Capítulo IX, artículos 82-88. En esta misma obra véase el Capítulo IX “Control Estatal a las Sociedades de Economía Mixta”.

*“Artículo. 97- **Sociedades de Economía Mixta.** Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la Ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagre la Ley...”*

De lo expuesto se concluye lo siguiente:

- a. De conformidad con lo previsto en el Código de Comercio y la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta en las que los aportes estatales sean inferiores al 90% de su capital, quedan sometidas al régimen común de las sociedades comerciales, salvo que normas especiales consagradas en la Ley dispongan otra cosa.
- b. En el caso que la participación de capital estatal sea igual o superior al 90%, el régimen aplicable será el dispuesto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado sin que ello modifique su naturaleza de sociedad de economía mixta.<sup>295</sup>

En la siguiente tabla podemos observar a las sociedades de economía mixta del orden nacional y el régimen jurídico aplicable.

**Tabla 11. Régimen Jurídico de las Sociedades de Economía Mixta en el Orden Nacional**

Nombre	Vinculada al Ministerio	Régimen Jurídico
BANCAFE	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado excepto lo relacionado con el régimen personal (art. 29 de los Estatutos Sociales) y actividades del giro ordinario a los cuales se aplicará el Derecho Privado.
BANESTADO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado.

<sup>295</sup> Parágrafo del artículo 97 y Parágrafo 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 464 del Código de Comercio.

<b>Nombre</b>	<b>Vinculada al Ministerio</b>	<b>Régimen Jurídico</b>
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado. Estado actual en liquidación.
CENTRAL DE INVERSIONES. CISA	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado
COFINPRO S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Estado actual en liquidación mediante Decreto 3181 del 20 de diciembre de 2002
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado.
LA PREVISORA S.A. (Compañía de seguros)	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado.
FIDUESTADO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado.
FINANCIERA FES	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado.
GRANAHORRAR	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado.
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	DESARROLLO ECONÓMICO	Empresa Industrial y Comercial del Estado.
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI)	DESARROLLO ECONÓMICO	Sujeto al régimen jurídico especial aplicable a las entidades financieras y autorizada para operar como establecimiento de crédito, sólo puede desarrollar sus actividades como banco de segundo piso, con régimen de Empresa Industrial y Comercial.
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	DESARROLLO ECONÓMICO	Empresa Industrial Y Comercial del Estado.
VECOL S.A.	AGRICULTURA	Derecho Privado.
BANAGRARIO S.A.	AGRICULTURA	Empresa Industrial Y Comercial del Estado.
FINAGRO S.A.	AGRICULTURA	Empresa Industrial Y Comercial del Estado.
FIDUCOLDEX	COMERCIO EXTERIOR	Derecho Privado.
BANCOLDEX	COMERCIO EXTERIOR	Sujeto al régimen jurídico especial aplicable a las entidades financieras con régimen de Empresa Industrial y Comercial.
CORPORACIÓN DE INDUSTRIA AERONÁUTICA S.A.	DEFENSA	Empresa Industrial Y Comercial del Estado
SOCIEDAD HOTEL SAN DIEGO S.A. HOTEL TEQUENDAMA	DEFENSA	Empresa Industrial Y Comercial del Estado
SOCIEDAD FERROVIARIA S.A.	TRANSPORTE	Estado actual en liquidación.

Como se observa en el cuadro anterior, el 95 por ciento de las sociedades de economía mixta del orden nacional están sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, por tener una participación estatal mayor o igual al 90 por ciento. Esto refleja el interés por parte del Estado de dirigir directamente estas empresas. Pese a ello, éstas conservan la naturaleza de sociedad de economía mixta, lo que consideramos una diferenciación de tipo teórico pues en la práctica su tratamiento resulta siendo igual al de una empresa del Estado.

Lo anterior también evidencia la falta de participación por parte del sector privado en el desempeño de las actividades de este tipo de sociedades, ausencia que desnaturaliza el carácter “mixto” de este tipo de empresas. Las razones podrían variar entre la falta de estímulos para que los particulares se involucren en el desarrollo de una actividad económica específica o porque ésta es de tal envergadura que el particular se ve incapaz de responder a una determinada exigencia, o también porque el Estado por el interés público involucrado pretende mantener el control de ciertas actividades.

Queremos señalar que el estudio que a continuación se realizará referente a los Órganos Sociales de las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional se hará a la luz de las siguientes disposiciones:

- a. Ley 489 de 1998 el Capítulo XIV los artículos 97 al 102 relacionados con las Sociedades de Economía Mixta.
- b. Ley 489 de 1998 el Capítulo XIII los artículos 85 al 94 relacionados con el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.
- c. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

- d. El ordenamiento mercantil colombiano, sin olvidar que la remisión expresa a esté, no es incompatible con la aplicación de algunas disposiciones de Derecho Público que atienden a la preservación del interés público que se deriva de los aportes estatales.<sup>296</sup>
- e. Ley 80 de 1993, Régimen de Contratación Estatal.
- f. Decretos reglamentarios.

## **14.2 TIPO SOCIAL**<sup>297</sup>

**14.2.1 Código de Comercio.** El Código de Comercio no hace ninguna referencia a las sociedades de personas ni a las de capitales. No obstante, tal distinción se percibe en la configuración normativa de los tipos de sociedades prevista en el Libro Segundo del Estatuto Mercantil. La doctrina<sup>298</sup> ha caracterizado las diferentes especies societarias mediante una comparación que tiene como referencia la inclinación más o menos personalista o capitalista de cada una de ellas. Presentándose en los dos extremos la sociedad colectiva como modelo de la sociedad personalista y la sociedad anónima como modelo de la sociedad de capitales, extremos que se constituyen como una aproximación inicial, pues existen otros tipos sociales a los cuales no les es posible aplicarles la rígida clasificación de sociedades de personas o de capitales, como sucede con las sociedades en comandita (tanto simples como por acciones) y de responsabilidad limitada<sup>299</sup>. Sin embargo, la distinción de sociedades de personas y de capitales arroja elementos de juicio para saber en un caso particular según la necesidad de la empresa y del

---

<sup>296</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 468.

<sup>297</sup> En esta misma obra el Capítulo IX

<sup>298</sup> En esta misma obra véase PINZÓN, José Gabino, *Sociedades Comerciales*, Volumen II, Bogotá: Editorial Temis, 1989. NARVÁEZ, José Ignacio, *Tipos de Sociedad*, GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, *Las sociedades en el nuevo Código de Comercio*, Tercera edición. Editorial Temis, 1984. URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*. Vigésima tercera edición. Marcial Pons 1996. VIVANTE, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid: Reus, 1932

<sup>299</sup> Se ha considerado que resulta más conveniente la clasificación de las sociedades por cuotas, por acciones y por partes de interés ya que permite desarrollar con mayor claridad las características propias de todos los tipos sociales.

entorno económico, jurídico y financiero, por cuál tipo societario adoptar, en nuestro caso, identificar cual es el tipo societario más conveniente para una sociedad de economía mixta<sup>300</sup>, pues según la forma asociativa que esta adopte los órganos sociales tendrán particulares características.<sup>301</sup>

**14.2.2 Ley 489 de 1998.** La Ley 489 de 1998 señala en su artículo 97 que las Sociedades de Economía Mixta podrán constituirse bajo cualquier especie de las sociedades mercantiles cuando señala que *“Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la Ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales ...”*.

En Colombia el tipo social que han adoptado las sociedades de economía mixta en el orden nacional es el de las sociedades anónimas, las siguientes razones permiten comprender la adopción de este tipo social:

**Tabla 12. Tipo social de las Sociedades de Economía Mixta**

Nombre	Vinculada al Ministerio	Tipo Social
BANCAFE	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
BANESTADO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.

<sup>300</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Artículos 461 y siguientes.

<sup>301</sup> En este punto es importante no perder de vista, las normas especiales que regulan una actividad económica en particular, las cuales prevén expresamente el tipo social y disposiciones sobre el régimen jurídico que deberá adoptar aquellas empresas que pretendan participar en dicha actividad. Tal es el caso de los Establecimientos Bancarios regulados por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.



<b>Nombre</b>	<b>Vinculada al Ministerio</b>	<b>Tipo Social</b>
CENTRAL DE INVERSIONES. CISA	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
COFINPRO S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
LA PREVISORA S.A. (Compañía de seguros)	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
FIDUESTADO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
FINANCIERA FES	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
GRANAHORRAR	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Sociedad Anónima.
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	DESARROLLO ECONÓMICO	Sociedad Anónima.
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI)	DESARROLLO ECONÓMICO	Sociedad Anónima.
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	DESARROLLO ECONÓMICO	Sociedad Anónima.
VECOL S.A.	AGRICULTURA	Sociedad Anónima.
BANAGRARIO S.A.	AGRICULTURA	Sociedad Anónima.
FINAGRO S.A.	AGRICULTURA	Sociedad Anónima.
FIDUCOLDEX	COMERCIO EXTERIOR	Sociedad Anónima.
BANCOLDEX	COMERCIO EXTERIOR	Sociedad Anónima.
CORPORACIÓN DE INDUSTRIA AERONÁUTICA S.A.	DEFENSA	Sociedad Anónima.
SOCIEDAD HOTEL SAN DIEGO S.A. HOTEL TEQUENDAMA	DEFENSA	Sociedad Anónima.
SOCIEDAD FERROVIARIA S.A.	TRANSPORTE	Sociedad Anónima.

La realidad económica actual muestra que la estructura societaria de mayor preferencia es la del sistema de una sociedad de capitales como lo señala

Francisco Reyes Villamizar<sup>302</sup> cuando dice que:

*“Debe anticiparse, desde ahora, que en la expansiva economía contemporánea, el esquema asociativo de mayor auge corresponde al sistema de sociedades de capitales. Así, una parte significativa de la actividad empresarial, se cumple a partir del prototipo de estas formas asociativas, que es la sociedad anónima. Este tipo social es utilizado, con frecuencia, para integrar verdaderas constelaciones societarias estructuradas bajo la forma de los grupos empresariales”.*

Por el contrario las sociedades de personas, según el profesor Reyes Villamizar, opinión que compartimos, se presentan

*“como estructuras cerradas en las que prevalecen las calidades personales de los asociados. El elemento intuito personae se refleja en los diversos aspectos de su regulación normativa. Desde el momento de su constitución cualquier elemento que pueda afectar las condiciones personales de la asociación, tiene implicaciones sobre los vínculos de los asociados o, incluso, respecto de la misma viabilidad jurídica de la sociedad. Desde luego, esta misma connotación personalista da lugar a sistemas de administración y representación legal compartidos entre los socios, y repercute, entre otras consecuencias, en causales de disolución relacionadas con esos mismos aspectos personales.”<sup>303</sup>*

La responsabilidad de los asociados en una sociedad personalista se extiende hasta el patrimonio personal de los socios por las operaciones que realiza la sociedad. Pudiendo ser llamados a responder por las deudas sociales en aquellos casos en que los fondos sociales no sean suficientes para satisfacer totalmente el

---

<sup>302</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Criterios para la clasificación de las sociedades. Escrito inédito.

<sup>303</sup> El artículo 319 del Código de Comercio establece como causales de disolución de la sociedad colectiva: 1) La muerte de alguno de los socios si no se hubiere estipulado su continuación con uno o más herederos, o con los socios supervivientes; 2) La incapacidad sobreviniente a alguno de los socios, a menos que se convenga que la sociedad continúe con los demás, o que acepten que los derechos del incapaz sean ejercidos por su representante; 3) La declaración de quiebra de algunos de los socios, si los demás no adquieren su interés social o no aceptan la cesión a un extraño, una vez requeridos por el síndico de la quiebra, dentro de los treinta días siguientes; 4) Por enajenación forzada del interés de alguno de los socios a favor de un extraño, si los demás socios no se avienen dentro de los treinta días siguientes a continuar la sociedad con el adquirente, y 5) La renuncia o retiro justificado de alguno de los socios, si los demás no adquieren su participación en la sociedad o no aceptan su cesión a un tercero.

pasivo social externo. Circunstancia que revela que el prototipo de una sociedad personalista, no sea un vehículo idóneo para la “gran empresa capitalista”.<sup>304</sup>

La sociedad anónima resulta siendo el tipo social más idóneo para una sociedad de economía mixta ya que absorbe toda acepción de las personas asociadas y la diluye a través del capital aportado. De esta manera es posible colocar jurídicamente en igualdad de condiciones a socios tan distintos, para que su injerencia en la empresa sea proporcional al capital aportado. La limitación de la responsabilidad a los aportes facilita la vinculación de las personas de Derecho Público, cuyas inversiones tienen que ser determinadas en su destinación por estar sujetas a autorización y a presupuestos ciertos,

*“en ninguna prescripción legal se ha dicho expresamente- como se prevé en el proyecto de reforma al Código de Comercio- que las sociedades de economía mixta se hayan de constituirse siempre como anónimas; pero como se acaba de indicarse, las disposiciones legales que se han expedido para regular la intervención de las personas de derecho público en sociedades comerciales las prevén como anónimas y así es como tienen especialmente por objeto determinar la manera de ejercer sus derechos los accionistas, en cuanto a la representación de acciones y voto en las asambleas, en cuanto a su participación en junta directivas, etc. Y es que la posibilidad de emitir acciones de varias clases de personas asociadas, facilita una mejor regulación de las relaciones del orden interno en la vida de la sociedad”*<sup>305</sup>

**14.2.3 Jurisprudencia Colombiana.** La jurisprudencia colombiana<sup>306</sup> acerca de las sociedades de economía mixta ha precisado que:

a. Se rigen por las reglas de derecho privado, son sociedades de comercio sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresas que la Constitución y la Ley establezcan.

---

<sup>304</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Criterios para la clasificación de las sociedades. Escrito inédito.

<sup>305</sup> REVISTA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Artículo “La sociedad de economía mixta”, No. 22, Bogotá, marzo de 1976. Citada en la revista Universitas No.98, mayo de 2000, Pontificia universidad Javeriana. Facultad de ciencias Jurídicas p.149-156.

<sup>306</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 1975. Bogotá.

b. Pueden constituirse bajo cualquiera de las formas de sociedad previstas en el Código de Comercio, colectivas, en comanditas simples o por acciones, de responsabilidad limitada o anónimas.

c. La sociedad anónima es la que mejor permite desarrollar el objetivo social.

### 14.3 ÓRGANOS SOCIALES

**14.3.1 Principio de Tipicidad.** En el régimen de las sociedades mercantiles las estipulaciones contractuales están limitadas por normas imperativas de orden público. Limitaciones que no sólo están contenidas en preceptos individuales que prohíben expresamente determinados acuerdos<sup>307</sup>, sino también en la normativa genérica definida por el principio de tipicidad, cuya aplicación es propia del sistema jurídico de las sociedades.<sup>308</sup>

La legislación mercantil se ocupa detalladamente de regular cada especie societaria, Escuti afirma que:

*“En las distintas legislaciones cada tipo social ha ido consolidando sus rasgos peculiares, circunstancia esta que ha producido una paulatina pero tajante diferenciación de tipos. Menciona que la tipicidad “implica una adecuación contractual a un esquema, arquetipo o estructura legal, que establece los elementos caracterizantes de cada forma jurídica. El encuadramiento en un tipo implica necesariamente la negación y exclusión de cualquier otro.”<sup>309</sup>*

---

<sup>307</sup> Por ejemplo, los artículos 274, 424 y 434, que hacen referencia, respectivamente, a la imposibilidad de constituir sociedades anónimas con menos de 5 accionistas, pactar menos de 15 días hábiles para la convocatoria de la reunión de la asamblea en que hayan de aprobarse balances y constituir la junta directiva con menos de tres miembros.

<sup>308</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Criterios para la clasificación de las sociedades. Escrito inédito.

<sup>309</sup> ESCUTTI, Ignacio. Receso, exclusión y muerte del socio. Buenos aires: Edic. Depalma, 1978.

Para cada tipo societario están previstos expresamente los órganos sociales que van a conformar el ente social, no pudiendo las partes mediante acuerdo crear órganos no previstos en la estructura societaria respectiva o suprimir aquellos connaturales a la misma.

Es claro, que quien forma una sociedad debe decidir y escoger el tipo que le resulte más conveniente y con él respetar la estructura orgánica prevista por la Ley. Como lo señala el profesor José Ignacio Narváez: “... *Los órganos sociales no existen por acuerdos de voluntad específicos (mandato) sino que se consideran implícitos en la organización de todo ente asociativo y surgen en el mismo instante en que éste se constituye y nace la persona jurídica.*”<sup>310</sup>

La legislación no permite la creación de tipos societarios amorfos, el numeral 14 de artículo 110 del Código de Comercio, consagra el postulado de la autonomía de la voluntad, cuando establece que podrá convenirse todo aquello que sin ser incompatible con la índole de cada tipo de sociedad, los asociados consideran convenientes para la buena marcha de la sociedad. Lo anterior significa que no cabe tal autonomía de estipulación contractual en aquellos casos en que la estipulación viole el conjunto de normas jurídicas que regulan cada uno de los tipos societarios.<sup>311</sup> Así pues, la estipulación contractual que contraría el principio de tipicidad, podría dar lugar a la aplicación del artículo 899 del Código de Comercio, según la cual el negocio será nulo absolutamente.<sup>312</sup>

---

<sup>310</sup> NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Bogotá: Editoria Legis, 1998.

<sup>311</sup> Ibidem, p. 189

<sup>312</sup> Esta tesis ha sido sostenida por la Superintendencia de Sociedades, quien ha manifestado la aplicación irrestricta que debe darse al criterio de tipicidad: *La sociedad anónima es esencialmente capitalista, de manera que los inversionistas no asumen responsabilidades ni compromisos diferentes al de pagar su aporte. Son extraños a este tipo de compañía los convenios que impongan a los accionistas prestaciones adicionales, tales como responder por obligaciones sociales distintas de las tributarias, o en general, asumir compromisos mayores que los exigidos por la Ley., Dichos pactos desnaturalizan el tipo de la sociedad anónima y por ello son incompatibles con la índole de la compañía. ( resolución 2023 de 6 de enero de 1991)*

De acuerdo con lo expuesto sólo existen cuatro formas asociativas típicas con sus correspondientes estructuras orgánicas en el Derecho privado, la Sociedad Colectiva, la comanditaria (simple y por acciones), la limitada y la anónima.<sup>313</sup>

**14.3.2 Estructura societaria.** La sociedad tiene órganos cada uno de ellos con una esfera de actividad y competencia propia, **la junta o asamblea de accionistas** es el órgano de dirección; **la junta directiva** es el órgano orientador de la administración; **el presidente o representante legal** es el órgano de ejecución; y **el revisor fiscal**, el órgano de fiscalización. Sin embargo, todos los órganos enunciados no conforman cada uno de los tipos societarios pues por mandato legal la presencia de alguno de ellos no es obligatoria en determinadas especies societarias.

Si bien es cierto que las sociedades de economía mixta pueden adoptar cualquier tipo societario de los contemplados en el Estatuto Mercantil regidas por las normas del derecho privado, la participación del Estado en calidad de socio nos sitúa en una situación de carácter especial, puesto que han de aplicarse también normas de derecho público que pueden constituirse como complemento o más aun una excepción al régimen general de la sociedades mercantiles, aplicación que se justifica por el interés público que motiva la creación de una sociedad de especiales características como es la sociedad de economía mixta<sup>314</sup>.

La sociedad anónima se constituye como el tipo social adoptado por las sociedades de economía mixta del orden nacional por lo tanto el estudio que a continuación se realizará se hará conforme a la estructura societaria prevista para

---

<sup>313</sup> En esta misma obra véase el Capítulo XI

<sup>314</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1108 de 2001. Bogotá. "...La facultad de dirección e intervención en la economía, que se reconoce al Estado Social de Derecho con miras a facilitar su función de promotor de la dinámica colectiva hacia la consecución de las condiciones materiales que garanticen la eficacia real de los derechos fundamentales de las personas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 334 de la Constitución se lleva a cabo por mandato de la Ley a través de diversos procedimientos..."

aquella.

### **14.3.3 Competencias de los Órganos Sociales.**

14.3.3.1 Órgano de Dirección. En la asamblea general de accionistas o en la junta de socios como órgano de dirección se forma y manifiesta la voluntad colectiva, en ejercicio de los poderes otorgados por la Ley y los estatutos sociales. La voluntad social se manifiesta mediante actos de deliberación y decisiones de los socios en las cuales se convienen aquellas determinaciones que procuran la realización del objeto social. En cabeza de este órgano reside la facultad directiva y de inspección de las actividades sociales, sin embargo no es una potestad absoluta pues la misma Ley establece el ámbito de su competencia, la cual no puede ir más allá a lo relacionado con las actividades previstas en el objeto social y aquellas que se relacionan directamente con éste, además claro está, aquellas relacionadas con el ejercicio de derechos u obligaciones establecidas en la Ley y estatutos adquiridos en razón de la existencia y desarrollo de la actividad empresarial. Entre éstas se encuentra examinar la situación económica, financiera, contable y administrativa de la sociedad; determinar las políticas y orientaciones económicas generales con base en las cuales se va a desplegar toda la actividad social.

14.3.3.2 Órgano de Administración. El órgano de administración es el encargado de manejar y dirigir los bienes y negocios sociales. Son administradores los miembros de la junta directiva y el representante legal, el cual a su vez ejerce la función de representación de la sociedad. Sin embargo, la junta directiva sólo es obligatoria en la sociedad anónima pues en las demás especies societarias es potestativo crearlo o no. De la manera que también son catalogados como administradores todas las personas que ejercen funciones específicas relacionadas con el patrimonio y los intereses sociales cuyas atribuciones y deberes están consagrados en la Ley y en los estatutos, variando según la forma societaria.

14.3.3.3 Órgano de Representación El órgano de representación es un órgano de gestión externa impuesto por la Ley<sup>315</sup> que pone a la sociedad en relación con terceros, Rodolfo O. Fontanarrosa lo define como: “... **el vehículo, el instrumento o el trámite por medio del cual se expresa la voluntad del ente social, persona jurídica, que actúa directamente y en nombre propio.**”<sup>316</sup> La función de este órgano consiste en adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre de la sociedad, se extiende, además también a otros actos de gestión que son internos, los cuales no implican el ejercicio de la función de representación.

La representación legal<sup>317</sup> encuentra razón de ser en cuanto la sociedad integra una persona jurídica distinta de la persona de los socios<sup>318</sup>. Y como persona jurídica carece de posibilidad de actuación material o legal por sí misma, requiriéndose la participación de personas naturales que estén en la posibilidad de ejercer y contraer derechos y obligaciones a nombre de la sociedad. La Ley ha denominado a quien ejerce la representación del ente societario *representante legal*, y cuando sobreviene la disolución de la compañía, *liquidador*. Sin embargo recibe diversas denominaciones como, la de presidente, gerente general o gerente<sup>319</sup>.

---

<sup>315</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 110 No.12

<sup>316</sup> FONTANARROSA Rodolfo O. Derecho Comercial Argentina - Parte General. T.I. 6 ed, revisada y ampliada, Buenos Aires: Víctor P. Zavalía, Editor, 1979. p. 457

<sup>317</sup> Para explicar la naturaleza jurídica de la representación se conocen diferentes tesis, las cuales son citadas por el Profesor José Ignacio Narváez en su obra Teoría de las sociedades mercantiles a) La de la ficción: Supone que el representado interviene directamente en el acto jurídico que otro celebra en su nombre, y que el representante es apenas un medio de expresión de su voluntad.

b) La de la sustitución: se basa en que en la celebración del acto jurídico el representante interviene directamente como sustituto de representado, y por eso los efectos del mismo se debían hacia el patrimonio de éste.

c) La de la modalidad: el acto jurídico lo celebra el representante, pero sus efectos se radican en un tercero, vale decir, el representado y,

d) La del órgano de expresión jurídica: se fundamenta en que la representación es un medio que permite el acceso de personas al comercio jurídico. Como determinadas personas no pueden concurrir a la celebración del acto, la Ley las dota de un órgano de expresión. Y como tal órgano es regulado en el derecho positivo, las consecuencias son las que éste le atribuye.

<sup>318</sup> Artículo 98 del Código de Comercio.

<sup>319</sup> FIERRO, Méndez. Sociedades (Legislación, Conceptos y doctrinas) Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997. p. 112



Los estatutos sociales establecen sus funciones con sus respectivos límites ya sea porque se han enunciado expresamente o porque se aplique el inciso 2º del Artículo 196 del Código de Comercio el cual establece: “... *A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representen a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y e funcionamiento de la sociedad...*”.

14.3.3.4 Órgano de Fiscalización. “La revisoría fiscal es un órgano social y no meramente un empleo o un cargo. Por más que el legislador use repetidamente la expresión el revisor, lo cierto es que existe la revisoría, la cual tiene al revisor fiscal a la cabeza”<sup>320</sup>. La revisoría fiscal es el órgano de fiscalización privada encargado de vigilar permanentemente a los órganos de administración y representación, en interés de los asociados, de la sociedad, del Estado y de la comunidad en general.

La revisoría está estructurada con el ánimo de dar seguridad a los propietarios de la empresa sobre el sometimiento de la administración a la normas legales y pactos estatutarios, así como se encarga de dar seguridad y conservación de los activos sociales; protegiendo con su labor a los terceros que encuentran en el patrimonio del ente societario la prenda general de sus créditos.

#### **14.4 ASAMBLEA DE ACCIONISTAS**

La asamblea es el máximo órgano del ente societario, que “acuerda sobre la estructura jurídica de la sociedad y sobre las directivas económicas de la empresa”(…) “órgano corporativo, en el sentido de que los acuerdos de los accionistas reunidos del modo y en las formas exigidas, sirven como

---

<sup>320</sup> BERMÚDEZ GOMEZ, Hernando. Apuntes sobre la Revisoría Fiscal, el revisor fiscal y sus suplentes, Primera Edición. 1999

manifestaciones de la voluntad de la sociedad”<sup>321</sup>.

Otros doctrinantes como José Ignacio Narváez<sup>322</sup>, también la definen como órgano en sí, afirmando que “es el órgano de dirección por excelencia, pues en ella reside la máxima facultad directiva y de supervisión de las actividades sociales y de todo cuanto tienda y procura la realización de la finalidad social”. A su vez Felipe de Solá Caziñares<sup>323</sup> dice que la asamblea es “el órgano de la institución que ejerce los poderes de deliberación previstos por la Ley y designa las personas que representan la autoridad institucional”.

Por otra parte existen las definiciones descriptivas, acogidas por los legisladores, y tal es el caso del legislador mercantil colombiano, que en el código de comercio se limita a describir a la asamblea en vez de explicarla en sí misma. El artículo 181 del estatuto mercantil señala que: *“Los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria, una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos”*, y el artículo 419 del mismo estatuto consagra que *“La asamblea general la constituirán los accionistas reunidos con quórum y en las condiciones previstas en los estatutos”*.

De los dos tipos de definiciones se puede construir una integradora, entendiendo a la asamblea de accionistas como el órgano supremo de la sociedad compuesta por la totalidad de sus accionistas, cuyas determinaciones manifiestan la voluntad social. Su supremacía se entiende por el hecho de que la manifestación de la voluntad de la persona jurídica societaria se da través de ella, y porque sus

---

<sup>321</sup> BRUNETTI, citado por VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derecho de las sociedades comerciales. 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993

<sup>322</sup> NARVÁEZ, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades. Octava Edición, Editorial Legis. 1998.

<sup>323</sup> DE SOLÁ CAZIÑARES, Felipe. Tratado de Derecho Comparado, t.III, Barcelona, Edit. Montaner y Simón, 1962 citado por ARAUJO, Luis Alberto, Néstor Humberto. Tesis de Grado: Asamblea General de Accionistas (con doctrinas de las Superintendencias de Sociedades y Bancaria). Bogotá: Librería Fuente Jurídica, 1979.

atribuciones son privativas e indelegables.

En el caso de las sociedades de economía mixta regidas bajo el esquema de las empresas industriales y comerciales del Estado, se confunde el órgano de dirección o sea la asamblea de accionistas, con la junta directiva, actuando un mismo cuerpo como director y administrador de la sociedad<sup>324</sup>.

**14.4.1 Acciones y derechos.** En la sociedad de economía mixta, los aportes de los accionistas están representados por acciones caracterizadas en principio por su libre negociabilidad, limitada por las disposiciones de la escritura de constitución o de los estatutos. En la legislación italiana, para las denominadas sociedades por acciones de interés nacional, les es permitida las acciones de voto plural o múltiple, que son prohibidas para las sociedades anónimas ordinarias<sup>325</sup>. Justifican la disposición para incentivar los ingresos de nuevos accionistas e inyecciones de capital en momentos en que la sociedad lo requiera.

En Francia, en las sociedades de economía mixta el Estado tiene la facultad de atribuirse la mayoría de las acciones, así éstas no representen el valor de sus aportes, con el objeto de asegurarse el dominio dentro de la sociedad. El Estado además tiene derecho a ejercer un control financiero y técnico a través de un enviado gubernamental<sup>326</sup>.

En el ordenamiento argentino<sup>327</sup>, los derechos de los accionistas privados y los de la administración pública, se distinguen porque los de ésta última son más amplios,

---

<sup>324</sup> CODIGO DE COMERCIO. Art. 464 *“Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva”*

<sup>325</sup> MEDINA TORRES, Adda. Tesis de Grado: *Apuntes sobre sociedades de economía mixta*. Bogotá, 1958.

<sup>326</sup> *Ibíd*em, p. 48

<sup>327</sup> *Ibíd*em, p. 49

por ejemplo, tienen derecho de veto, y pueden designar a los miembros de la junta en una proporción no inferior a las dos terceras partes del total. Tales derechos los justifican con el objeto de velar porque las actividades de la compañía se dirijan a la consecución del bien común, son un freno ante la eventual ambición desmedida de los particulares que deje de lado el interés colectivo perseguido por el Estado. Sin embargo, una prerrogativa de este tipo desestimula la participación del sector privado en la medida que toman el riesgo de exponer las determinaciones a la verificación última de uno de los intereses de la sociedad representado por el Estado.

En la legislación colombiana actualmente se han equilibrado las cargas con la incorporación más aguda del régimen privado comercial para regir los designios de la sociedad de economía mixta. Sin embargo, hay rezagos que todavía restringen la actividad de la sociedad en pro de los intereses del Estado, tal es el caso por ejemplo de la limitación en la negociabilidad de las acciones<sup>328</sup>.

Anteriormente existían numerosas normas legales que establecían ventajas al Estado, tal era el caso del Decreto 2521 de 1950 que preceptuaba en su artículo 90: "...en las decisiones de la Asamblea General ningún accionista tendrá por sí o por interpuesta persona más del 25 por ciento del total de los votos de las acciones representadas en la sesión, excluyendo de esta restricción a las entidades públicas, Nación, departamentos o municipios, cuando éstos sean accionistas en sociedades anónimas que tengan por objeto la prestación de un servicio público"<sup>329</sup>.

En una sociedad de economía mixta se deben compaginar los intereses de las partes que confluyen en su desarrollo, por una parte el Estado cuyo propósito principal es la realización del interés público, y por otra el particular que persigue

---

<sup>328</sup> En esta misma obra véase numeral 14.4.2.2.

<sup>329</sup> MEDINA, Op.Cit., p. 51

un lucro manifestado en utilidades de la actividad desplegada por la empresa. Es necesario equilibrar los intereses de una y otra, principalmente para incentivar mayor la participación privada sin dejar de lado el fin último de la sociedad que es la realización de un servicio público.

**14.4.2 Funciones de la Asamblea General de Accionistas.** Por ser la asamblea general de accionistas el órgano donde se concreta la voluntad de la sociedad, sus funciones tienen una importancia significativa pues en ellas se centran decisiones trascendentales para la misma. El Código de Comercio ha dispuesto unas *funciones generales* para todos los tipos sociales, sin perjuicio de las *funciones especiales* para cada tipo específico.

14.4.2.1 Funciones Generales. El artículo 187 del Estatuto Mercantil<sup>330</sup> establece entre las funciones generales de la asamblea general para todos los tipos de sociedad:

1º *Estudiar y aprobar las reformas de los estatutos.* Los estatutos<sup>331</sup> son la manifestación del principio de la voluntad privada para la sociedad, constituye la ley que el mismo ente estipula para regular su funcionamiento, es por tanto lógico que esta función le haya sido atribuida privativamente a la Asamblea general de accionistas como máximo órgano de la sociedad.

El carácter imperativo de la norma se fundamenta en otras disposiciones legales que establecen la necesidad de la intervención de la Asamblea para la adopción de las reformas: a) (Art. 161 C.Co.) *En las sociedades por acciones podrán adoptarse*

---

<sup>330</sup> CODIGO DE COMERCIO. art. 187 “La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad...”

<sup>331</sup> ARAUJO, Luis Alberto y MARTÍNEZ, Néstor Humberto. Tesis de Grado. “Asamblea General de Accionistas” Bogotá: Librería Fuente Jurídica, 1979, define los estatutos como: “*el conjunto de normas que regulan el desarrollo y funcionamiento de las sociedades*”.

con el voto favorable de un número plural de socios con no menos de setenta por ciento de las acciones representadas, salvo que en los estatutos se estipule un número mayor (refiriéndose al quórum obligatorio para reformas los estatutos); b) (Art.220 C.Co.) *...los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del contrato social* (haciendo referencia a la disolución de la sociedad por causa distinta al vencimiento del término previsto para la duración del contrato).

La necesidad de reformar los estatutos se fundamenta en el dinamismo y constante evolución de las circunstancias comerciales y de negocio a las que la compañía se debe adaptar. Concebir la inmutabilidad de los estatutos, según el Doctor Martínez Neira *“llevaría a pensar en unas relaciones jurídico-comerciales estáticas, lo cual es impreciso si se tienen en cuenta la velocidad y el cambio continuo de las formas de transacción en el mundo de los negocios de hoy”*<sup>332</sup>. Es entonces una función propia del máximo órgano de la sociedad, para que esa se acople a tiempo a las condiciones que presente el mercado.

En el caso de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, las reformas de los estatutos están a cargo de la junta directiva de la entidad. El artículo 90 literal b) de la ley 489 de 1998, dispone entre las funciones de este órgano: *“Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y **cualquier reforma que a ellos se introduzca**”*. Este tipo de reformas se llevan a cabo a través de decretos, resoluciones y actos de gobierno de conformidad con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo. La Superintendencia de sociedades al respecto estableció: *“tratándose de una sociedad de economía mixta del orden nacional,*

---

<sup>332</sup> Ibidem, p.85

regida por las normas especiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, sus reformas estatutarias deben ser aprobadas por el Gobierno Nacional, mediante decreto...”<sup>333</sup>

El hecho que esta función en este tipo de sociedades se surta a través de la junta directiva, se entiende en la medida que el órgano de administración se asimila al órgano de dirección en estas entidades<sup>334</sup>.

*2º Examinar y aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores.* El balance de fin de ejercicio es una síntesis del inventario en el que se agrupan las cuentas por categorías en un cuadro de dos columnas, activo y pasivo, que se balancean<sup>335</sup>. Este debe realizarse por lo menos una vez al año, el treinta y uno de diciembre conforma a las prescripciones legales y normas de contabilidad establecidas (Art. 445 C.Co.)

En el artículo 22 del Decreto reglamentario 2649 de 1993 se clasifica el Balance General como un Estado Financiero Básico<sup>336</sup>, que a su vez es una clase de Estado Financiero de Propósito General<sup>337</sup>, que asimismo este último está contenido dentro de la generalidad de los principales Estados Financieros. La importancia de tales estados radica en *“suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico” (D.R. 2649/93 art. 19)*

---

<sup>333</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 05575 del 12 de abril de 1977 citado por ARAUJO, Op, cit., p 41

<sup>334</sup> En esta misma obra véase numeral 14.4

<sup>335</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano. Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Bogotá: Editorial Legis, 1998

<sup>336</sup> DECRETO REGLAMENTARIO 2649 de 1993. art. 22 *“Son estados financieros básicos: 1. El balance general. 2. El estado de resultados. 3. El estado de cambios en el patrimonio. 4. El estado de cambios en la situación financiera. 5. El estado de flujos de efectivo.”*

<sup>337</sup> DECRETO REGLAMENTARIO 2649 de 1993. art 21. *“Son estados financieros de propósito general aquellos que se preparan al cierre de un período para ser conocidos por usuarios indeterminados, con el ánimo principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Se deben caracterizar por su concisión, claridad, neutralidad y fácil consulta.*

*Son estados financieros de propósito general, los estados financieros básicos y los estados financieros consolidados”.*

La Ley 222 de 1995<sup>338</sup> precisó la importancia y el alcance de los denominados estados financieros dentro de un ente societario y empresarial, dado que constituye el verdadero reflejo de la situación financiera y económica de una compañía y su viabilidad en el mercado; lo que marca el punto de partida para la evaluación de la gestión que conduce los designios del ente.

Dada la trascendencia y significado de los estados financieros el examen del balance de fin de ejercicio es una de las funciones principales de la Asamblea ya que a partir de un estudio detallado del balance debe estipular las orientaciones y directrices a seguir respecto a la gestión y funcionamiento de la sociedad.

El balance de fin de ejercicio es una función propia de la junta directiva<sup>339</sup> y del representante legal, y es lógico que los encargados de su elaboración sean tales funcionarios, ya que son éstos los inmediatos responsables de los resultados que muestre la empresa al final de un ejercicio contable.

Junto con el balance general la Asamblea debe también *examinar, aprobar o improbar las cuentas que deben rendir los administradores*, entre tales cuentas están: el informe de gestión<sup>340</sup>, el proyecto de distribución de utilidades, los dictámenes sobre los estados financieros, y demás exigidos por las disposiciones legales. Son obligaciones de los administradores de las cuales son responsables así hayan sido aprobadas por la Asamblea general de accionistas<sup>341</sup>.

*3º Disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las Leyes.* El artículo

---

<sup>338</sup> LEY 222 de 1995. art. 34 inc. 1º “A fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si esta existiere”

<sup>339</sup> En esta misma obra véase numeral 14.6.4

<sup>340</sup> En esta misma obra véase numeral 14.11

<sup>341</sup> CODIGO DE COMERCIO. Art 45 inciso 2º “La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales”.



98 del Código de Comercio establece que: “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”. El ánimo de lucro manifestado en la repartición de utilidades, constituye uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad sin el cual éste no existiría o derivaría en otro<sup>342</sup>.

El Consejo de Estado frente al tema se pronunció así: “En el artículo 98 del Código de Comercio se consagra como finalidad del contrato de sociedad y como elemento esencial del mismo, la repartición de utilidades obtenidas. De esta finalidad consustancial al contrato emana el derecho de los asociados a las utilidades, derecho que no puede serles desconocido en el contrato”<sup>343</sup>. La disposición legal es clara en este sentido hasta el punto de declarar *como no escrita* cualquier cláusula en contrario<sup>344</sup>.

Íntimamente relacionada con la función anterior, antes de disponer de las utilidades, la Asamblea de accionistas debe determinar si las hay mediante el estudio del balance general, del proyecto de distribución de utilidades, y demás documentos anexos que los administradores deben proporcionarle para verificar la

---

<sup>342</sup> CODIGO DE COMERCIO. Art. 899 inciso 2º “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de los elementos esenciales”

<sup>343</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 6 de septiembre de 1974. citado por ARAUJO, Op. Cit., p. 54

<sup>344</sup> CODIGO DE COMERCIO. Artículo 150 inciso 2º “Las cláusulas del contrato que previene toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas”

situación financiera de la empresa. En palabras del profesor Gabino Pinzón: *“Quiere ello decir que este derecho implica dos facultades fundamentales: la de verificar la existencia real de las utilidades, y la de disponer de ellas”*<sup>345</sup>. Una vez se lleve a cabo el primer paso de la verificación que supedita la disposición, la Asamblea entraría a ejercer ésta facultad privativa frente a la cual tiene dos opciones: decretar el pago de dividendos<sup>346</sup> o crear reservas ocasionales<sup>347</sup>.

Se considera una función privativa de la Asamblea de accionistas ya que representa la esencia del interés de los asociados para constituir la sociedad cual es el ánimo de lucro. En la Asamblea general de accionistas se concreta el derecho patrimonial principal de los socios y por tanto ostentando tal calidad le interesa directamente intervenir en el destino de las utilidades reflejadas en el balance.

En el caso de las sociedades de economía mixta esta función es de gran trascendencia especialmente para los accionistas particulares cuyo interés principal para asociarse con el Estado es la repartición de utilidades. Mientras que para el Estado la intención de desarrollar la compañía esta mezclada entre el interés público que persigue con la actividad objeto de la sociedad, y la utilidad que además esta genere.

*4º Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las Leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente.* Esta es una función privativa de la Asamblea en el caso de los nombramientos de los miembros de la junta directiva<sup>348</sup>, del revisor fiscal<sup>349</sup> y del liquidador<sup>350</sup>.

---

<sup>345</sup> ARAUJO, Op, Cit, p 24

<sup>346</sup> CODIGO DE COMERCIO. Artículo 455 *“Hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas. El pago del dividendo se hará en dinero efectivo, en las épocas que acuerde la Asamblea General al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago”*.

<sup>347</sup> En esta misma obra véase numeral 14.4.2.1 7º

<sup>348</sup> En esta misma obra véase numeral 14.6.1

<sup>349</sup> En esta misma obra véase numeral 14.11.3

<sup>350</sup> En esta misma obra véase numeral 14.7.2.

Los socios tienen interés directo en designar a los miembros de la junta directiva teniendo en cuenta que son ellos los encargados inmediatos de la gestión y administración de sus aportes. Asimismo de la persona que ejercerá control de los movimientos de los administradores de la compañía, y de quien se encargará de administrar el remanente de los negocios después de un proceso de liquidación.

*5º Considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el Estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal en su caso*<sup>351</sup>. Derivada de la función anterior, así como a los socios les interesa saber y designar quienes están directamente a cargo de la sociedad, el examinar los informes que tales funcionarios tienen la obligación de remitir a la Asamblea General permite conocer a los socios el curso y resultados de la gestión que esta siendo desarrollada en la sociedad, y a partir de allí tomar las decisiones adecuadas frente al manejo de la sociedad y frente al ejercicio de tales empleados<sup>352</sup>.

*6º Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados.* Como máximo órgano social la Asamblea General debe velar porque las actividades a todo nivel de la sociedad se rijan bajo las normas emanadas de la voluntad social, encaminadas éstas a satisfacer el interés social<sup>353</sup>. Estas medidas están básicamente dirigidas a los administradores, quienes son los titulares del manejo de los negocios de la sociedad, y son los resultados de su administración los que determinan la realización concreta del interés social.

*7º Constituir las reservas ocasionales.* Una de las formas que tiene la Asamblea General para disponer de las utilidades existentes es decretar la constitución de

---

<sup>351</sup> En esta misma obra véase numeral 14.11.6

<sup>352</sup> A partir de estos informes se podría eventualmente imputar responsabilidad a tales funcionarios por el manejo que se le haya dado a los negocios. Para el estudio de este tema, en esta misma obra véase Capítulo XV

<sup>353</sup> En esta misma obra véase 14.5.1.4

reservas ocasionales. Las reservas ocasionales o eventuales obedecen a la necesidad de asegurar la estabilidad de la sociedad en períodos de dificultad económica, por una situación anormal del mercado, o sirven para prever sucesos extraordinarios que por su acaecimiento pueden quebrantar seriamente la estructura de la empresa<sup>354</sup>.

Esta facultad de la Asamblea General está limitada por disposiciones legales que intentan evitar que se abuse de ésta en detrimento de los accionistas. En primer lugar, el artículo 154 del Estatuto mercantil establece como condiciones: 1) Que se consideren necesarias o convenientes, 2) Que tengan una destinación especial, 3) Que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la ley, y 4) Que hayan sido justificadas ante la Superintendencia de Sociedades<sup>355</sup>. Por su parte el artículo 453 del mismo código determina: 1) Sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y, 2) La misma Asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando sean innecesarias.

*8º Las demás que les señalen los estatutos o las Leyes.* En esta categoría se distinguen las funciones privativas y potestativas. Entre las primeras<sup>356</sup> están:

- i. (C.Co. art. 189) “Aprobar las actas de sus reuniones o designar una comisión para tal fin”.

---

<sup>354</sup> ARAUJO, Op.Cit., p. 26

<sup>355</sup> Según Concepto de la Superintendencia de Sociedades, éste último requisito se entiende tácitamente derogado, con la derogatoria expresa de la Ley 222 de 1995 –art. 242- del artículo 448 del Código de comercio, que consagraba la obligación de enviar copias a la Superintendencia del balance de fin de ejercicio, con sus correspondientes anexos. Dicho Concepto de mayo 29 de 1998 Oficio: 220-28308, establece: *“Es claro que la derogatoria del artículo 448 del Código de Comercio trae consigo la improcedencia de la exigencia última a que alude el artículo 154 ibídem, sin perjuicio de la facultad que tiene esta entidad, dentro del margen de las funciones que le asigna la ley, de formular en relación con los estados financieros que ella requiera, y por ende con las reservas en general, las observaciones que considere pertinentes y pedir las explicaciones necesarias cuando estime que haya lugar, de tal manera que las reservas ocasionales pueden constituirse siempre que se cumplan las condiciones que establecen los estatutos y la ley, sin que sea necesario para ello contar con la aceptación por parte de esta entidad, a menos que por acto particular ella imparta instrucciones en sentido contrario”*

<sup>356</sup> Ibídem, p. 48

- ii. (C.Co. art. 210) “Autorizar la vinculación a la sociedad de auxiliares del revisor fiscal y fijarles su remuneración”.
- iii. (C.Co. art. 230) “Aprobar las cuentas de la gestión de quien antes era administrados y es nombrado liquidador, para que pueda asumir el cargo”
- iv. (C.Co. art. 231) “Dirimir las discrepancias que se presenten entre los liquidadores de la compañía”
- v. (C.Co. art. 248) “Aprobar las cuentas de los liquidadores y el acta final de liquidación”<sup>357</sup>
- vi. (C.Co. arts. 180, 250 y 251) “Acordar la fusión impropia, o reconstitución de la sociedad”
- vii. (C.Co. art. 383) “Disminuir o suprimir privilegios de las acciones”
- viii. (C.Co. art. 388) “Decidir que se efectúa una colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia”
- ix. (C.Co. art. 430) “Suspender la reunión de la Asamblea, para reanudarla luego”

Entre las funciones *potestativas*, es decir aquéllas que puede delegar la Asamblea General en otros órganos sociales como por ejemplo en la junta directiva están:

- i. (C.Co. arts. 132 y 398) “Avaluar los aportes en especie con posterioridad a la constitución de la sociedad”
- ii. (C.Co. art. 385) “Elaborar el reglamento de suscripción de acciones ordinarias”.
- iii. (C.Co. art. 404) “Autorizar la enajenación o adquisición de acciones de la sociedad por parte de los administradores de la misma”

Esta distinción es inútil en el caso de las sociedades de economía mixta asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado ya que en estas entidades se confunde el órgano de dirección con el de administración<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> En esta misma obra véase numeral 14.7.3

<sup>358</sup> En esta misma obra véase numeral 14.4

14.4.2.2 Funciones Especiales. Teniendo en cuenta que la totalidad de las sociedades de economía mixta del orden nacional están constituidas bajo el tipo social de las sociedades anónimas, son las funciones especiales señaladas en el artículo 420 del Código de Comercio a las que haremos referencia.

De las funciones indicadas en el mencionado artículo 420<sup>359</sup> sólo difiere de las funciones generales antes vistas la del numeral 5º que define que: “La Asamblea General de accionistas ejercerá las funciones siguientes: *5º Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión*”. Las otras funciones están implícitas en las funciones generales señaladas en el artículo 187 del Estatuto Mercantil.

Frente a la función que le da la potestad a la Asamblea General de colocar acciones ordinarias sin sujeción al derecho de preferencia siempre y cuando converja un determinado porcentaje es parcialmente aplicable en las sociedades de economía mixta, ya que por su especialidad tiene primacía la ley 226 de 1995 sobre la negociación de las acciones del Estado.

Esta ley es el desarrollo del artículo 60 de la Carta Política, y se encuentra dirigida en cualquier empresa en la que el Estado sea propietaria de acciones, para que la enajenación total o parcial que aquel haga de esos títulos o de bonos

---

<sup>359</sup> CODIGO DE COMERCIO. Art. 420 “La Asamblea General de accionistas ejercerá las funciones siguientes: *1º Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales; 2º Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará; 3º Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal; 4º Elegir y remover libremente los funcionarios cuya designación le corresponda; 5º Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión 6º Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad, 7º Las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano*”

obligatoriamente convertibles en acciones en favor de los particulares consulte los fines de la democratización a cuyo fin consagra una oferta preferencial sobre un grupo de personas especificado por la ley<sup>360</sup>.

En desarrollo de los principios de la democratización establecidos por la Constitución Política, la Asamblea no podría colocar acciones pertenecientes al Estado sin sujetarse al derecho de preferencia que tienen *los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores*, la ley 226 de 1995 se aplicaría entonces preferentemente dejando sin utilización esta función pero sólo respecto de la negociación de la participación accionaria del Estado<sup>361</sup>.

Considerando que la ley se refiere específicamente a *las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado*, frente a las acciones de los particulares no habría disposición legal que limitara la aplicación de esta función por parte de la Asamblea General de Accionistas.

#### 14.5 ADMINISTRADORES

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que “*Son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas*

---

<sup>360</sup> Ley 226 de 1995 ART. 3º—*Preferencia. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo con el artículo 60 constitucional. Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa.*

<sup>361</sup> En este respecto, la Superintendencia de Sociedades en concepto 220- 25834 de abril 30 de 1999 concluyó que: “*Cualquiera sea la naturaleza de la sociedad, debe tenerse en cuenta que la enajenación de la participación accionaria del Estado debe regirse inicialmente por lo dispuesto en la Ley 226, pero adoptándola a la organización y condiciones de cada una de ellas*”.

*funciones*”. Dentro de este título en lo que tiene que ver con la gestión administrativa de las sociedades de economía mixta, nos vamos a centrar en las juntas o consejos directivos, y en el liquidador. Lo relacionado con el representante legal se tratará en el siguiente título.

En cuanto al último listado del artículo que se refiere como administradores a: “*Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones*”, el profesor Narváez<sup>362</sup> enuncia como ejemplos del último caso, a los gerentes de producción, de recursos humanos, financieros de mercadeo, regionales o zonales. Este concepto generaliza el criterio de administrador, dándole la potestad a la misma sociedad para que en sus *propios estatutos* determine el calificativo de administrador además del dispuesto por la Ley. Habría que remitirse a los estatutos de cada sociedad, para saber quienes detentan o ejercen funciones administrativas, teniendo como consecuencias los regímenes de responsabilidad propios de los administradores<sup>363</sup>.

El administrador, en palabras de Messineo, es “*el más verdadero órgano de la sociedad por acciones, en el cual se resumen todos los poderes administrativos*”<sup>364</sup>, porque los administradores son los encargados del manejo y gestión de la sociedad, son quienes dirigen su actividad y la ponen en funcionamiento.

Los administradores, según coinciden las distintas legislaciones<sup>365</sup>, son quienes

---

<sup>362</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil Colombiano. Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Editorial Legis, 1998.

<sup>363</sup> En esta misma obra véase numeral 15.7.5

<sup>364</sup> MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho civil y comercial. Tomo V. Buenos Aires: Americana, 1971.

<sup>365</sup> Véase, a nivel latinoamericano por ejemplo: México, *Ley General de sociedades mercantiles de México* **Artículo 142**. La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad. Panamá, *Ley No. 32 de Panamá* **Artículo 50**. Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y a lo que se estipule en el pacto social la Junta Directiva tendrá control absoluto y dirección plena de los negocios de la sociedad. **Artículo 51**. La Junta Directiva podrá ejercer todas las facultades de la



ostentan el campo de acción más amplio, ya que su competencia es residual<sup>366</sup>. El Estatuto de la sociedad europea en su artículo 64, párrafo 1º establece: *“La Dirección estará investida de los más amplios poderes para realizar todos los actos que interesen a la sociedad y que no hayan sido atribuidos expresamente a otros órganos por el presente estatuto”*; asimismo el artículo 124 de la Ley francesa de sociedades anónimas dispone: *“está investido de los más amplios poderes para actuar en toda circunstancia en nombre de la sociedad”*; y la Ley de sociedades anónimas de España, estipula que *“La dirección asumirá la administración y representación de la sociedad en juicio y fuera de él”*.

Los administradores detentan así la actividad gestora en la sociedad por lo cual se pueden mover con gran dinamismo pero siempre dentro de los límites de la capacidad de la compañía determinada por su objeto social.

**14.5.1 Deberes de los administradores.** El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece que: *“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta el interés de sus asociados”*.

Este artículo contiene los postulados generales que constituyen el fundamento de las actuaciones de los administradores de la sociedad, son principios que deben orientar el desarrollo de sus actividades y están implícitos en el desempeño general de sus funciones.

---

sociedad, salvo las que la ley, el pacto social o los estatutos confieran o reserven a los accionistas. Guatemala, *Decreto 2-70 del Congreso de Guatemala Artículo 162.-* Administración. Un administrador único o varios administradores, actuando conjuntamente constituidos en consejo de administración, serán el órgano de la administración de la sociedad y tendrán a su cargo la dirección de los negocios de la misma. El Salvador, *Decreto 1671 Art. 78.-* La administración de la sociedad está a cargo de uno o varios administradores, quienes pueden ser socios o personas extrañas. En defecto de pacto que limite la administración a algunos de los socios, todos son administradores y toman sus acuerdos por mayoría. Costa Rica, *Código de comercio de Costa Rica Artículo 41.-* Los administradores tendrán las facultades y poderes que se determinen en la escritura social.

<sup>366</sup> MARTORELL, Ernesto. Los directores de sociedades anónimas. Buenos Aires. Ediciones Desalma, 1990.

14.5.1.1 Deber de obrar de buena fe. La actuación de los funcionarios “no se cimenta en la lucidez de su ingenio, sino en la rectitud de la conciencia. Esa es la piedra angular”<sup>367</sup>; este pensamiento de Ángel Ossorio, refleja con atino el interés principal de la buena fe, cual es el actuar con rectitud, honradez, probidad y en conciencia, con el firme convencimiento que se procede ciñéndose a la Ley y a los postulados morales socialmente acogidos.

El postulado de la buena fe “tiene un alcance muy general en el derecho civil moderno, como quiera que es aplicable no sólo a los contratos, sino a todos los actos jurídicos, y lo que es más, a todas las obligaciones, cualesquiera que sean sus fuentes”<sup>368</sup>. Al igual que se entiende su aplicación en el derecho civil, se adapta expresamente por medio de la Ley 222 de 1995, a las actuaciones de los administradores, con el objeto de darle un mayor grado de transparencia y honestidad a éstas, en favor de la sociedad, de los asociados y de los terceros en general.

La buena fe supone que quien forma parte de una relación jurídica, debe actuar legalmente con un “proceder honesto”, de tal manera que no se dañe o perjudique a la otra parte. Tanto en la Constitución cuyo artículo 83 prescribe que: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*, como el Código Civil donde *“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria (art. 769)”*, así como en el artículo 835 del Código de Comercio *“Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa”*, se dispone legalmente la presunción de la buena fe acogida por la nueva Ley dentro del régimen de los administradores.

---

<sup>367</sup> OSORIO, Angel. Citado por LÓPEZ, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Editorial ABC, 1993. p. 39

<sup>368</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría General del Contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 1998. p. 256

La presunción de la buena fe en las actuaciones de los funcionarios se fundamenta en que por una parte, “es la forma usual de comportarse”, y por otra, en que si se presenta algún tipo de que quebrantamiento del principio, éste tendrá que comprobarse.

En las sociedades de economía mixta, las actuaciones de los administradores delegados del sector público, en cuanto además de repercutir sus actos no sólo ante la sociedad, los accionistas y los terceros involucrados, sino también en el interés público que representan, la aplicabilidad del principio de buena fe, sin reparo en la efectividad que debe tener en la actuaciones de los particulares, debe ser de cierto modo más elevada debido al compromiso que éstos adquieren ante la colectividad. La Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, se refiere al desempeño de las funciones de los servidores públicos en su artículo 22, así:

*“para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las Leyes.*

Aunque expresamente no hace referencia a la buena fe, ésta se entiende implícita en principios como la honradez, la lealtad, y la transparencia, y en el respeto a las prohibiciones.

14.5.1.2 Deber de lealtad. La lealtad es una manifestación concreta del principio general de la buena fe, para Alberto Romano, *“la lealtad no es otra cosa que la expresión de un principio general del derecho: la buena fe. Es el deber que tiene el administrador de anteponer los intereses de la sociedad a los intereses propios o*

de terceros”<sup>369</sup>.

La Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa 9 de 1997 expone que los administradores guiados por los principios generales deben “*procurar en cada caso satisfacer las exigencias del negocio de que se trate, actuando siempre con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros*”.

La inclusión legal del deber de lealtad, en nuestra legislación, y en la extranjera<sup>370</sup> como el caso de la Ley de sociedades argentina (19.550) que dispone en su artículo 59: “*los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*”, comprende esa obligación ética primordial, elemental de todo administrador de “cosa ajena”<sup>371</sup> consagrada permanentemente en el ordenamiento jurídico.

El deber de lealtad entendido así como la prevalencia de los intereses de la sociedad frente a los propios o de terceros, se traduce en actuaciones y abstenciones por parte del administrador de la sociedad. El artículo 23 de la Ley

---

<sup>369</sup> <http://www.societario.com/revista/6/doctrina/romanouade.htm>

<sup>370</sup> Véase por ejemplo Costa Rica, Código de comercio de Costa Rica ARTÍCULO 189.- Los consejeros y demás administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del mandatario, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias de uno o varios consejeros o administradores. Los consejeros o administradores son solidariamente responsables si no hubieren vigilado la marcha general de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho lo posible por impedir su realización o para eliminar o atenuar sus consecuencias. Sin embargo, no habrá responsabilidad cuando el consejero o administrador hubiere procedido en ejecución de acuerdos de la asamblea de accionistas, siempre que no fueren notoriamente ilegales o contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad. La responsabilidad por los actos o las acciones de los consejeros o administradores no se extiende a aquel que, estando inmune de culpa, haya hecho anotar, por escrito, sin retardo, un disenso, y dé inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal; así como tampoco será responsable aquel consejero que haya estado ausente en el acto de deliberación. Los consejeros y demás administradores serán solidariamente responsables, conjuntamente con sus inmediatos antecesores, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal. (Así reformado por el artículo 2º de la ley N° 7201 de 10 de octubre de 1990)

<sup>371</sup> VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derecho de las sociedades comerciales. 6ª ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993

222 de 1995, consagra expresamente deberes específicos derivados del principio de lealtad, cuales son: “4º *Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad*, 5º *Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada*, 6º *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos*, 7º *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses*”, los cuales serán desarrollados más adelante.

Además de los deberes señalados explícitamente por la Ley, se han entendido como manifestaciones de este deber ciertas conductas como: la prohibición de utilizar activos sociales o información confidencial con fines privados; la prohibición de aprovechar oportunidades de negocios de la sociedad en el ejercicio de sus facultades dentro de los límites establecidos por el órgano que se las otorgó y conforme la Ley y el estatuto, etc.

**a) Manifestaciones del deber de lealtad.** Un caso que implica el deber de lealtad es la obligación del administrador de revelar las situaciones personales, las de sus familiares más allegados e incluso de las sociedades en las que juegue un papel relevante, relativas a participaciones, puestos que desempeñe y actividades que realice en otras compañías y entidades, y en general, cualquier hecho, situación o vínculo que pueda resultar relevante para su leal actuación como administrador de la sociedad. En este evento se aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalado en la Constitución y la Ley, para los funcionarios públicos que en las sociedades de economía mixta serían los administradores delegados del Estado, así como para los particulares que desempeñan cargos de administración en tales sociedades<sup>372</sup>.

14.5.1.3 Deber de diligencia de un buen hombre de negocios. Además de la buena

---

<sup>372</sup> En esta misma obra véase numeral 14.6.3

fe y la lealtad que se debe aplicar en las actuaciones de los administradores, hay que agregar algo más: *“prudencia, diligencia y cuidado, en la ejecución de lo debido, pues dicha finalidad no sólo puede frustrarse porque el deudor abrigue el ánimo dañado de incumplir, sino también porque culposamente deje de poner los medios adecuados, bien sea por torpeza, bien por negligencia o descuido”*<sup>373</sup>.

La Comisión Nacional de Valores de Argentina en Resolución No. 13.416 en referencia al buen hombre de negocios manifestó que *“la referencia a la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios es una pauta interpretativa, que como tal no alude a un hombre sabio, sino a un hombre de negocios normal, susceptible de cometer errores propios e inevitables de una correcta actuación empresarial”*<sup>374</sup>.

El esquema anterior que relacionaba el deber de diligencia con la aplicada por un “buen padre de familia”, fue modificado por el de un “buen hombre de negocios”. El buen padre de familia se caracteriza por *“la prudencia y previsión de las consecuencias que se generarían al momento de ejecutarse una determinada acción, para de esta forma evitar que se presenten riesgos que comprometan grave o levemente su responsabilidad”*<sup>375</sup>. Esta concepción del buen padre de familia no se adaptaba a la actividad económica propia de las sociedades comerciales, que lejos de “evitar riesgos”, debe asumirlos teniendo en cuenta diversos factores que la induzcan a tomar determinadas decisiones, que produzcan una mayor rentabilidad y crecimiento de la compañía.

Se cambió<sup>376</sup> el concepto de diligencia alrededor del buen padre de familia, por uno más adecuado y audaz como el del buen hombre de negocios, que implica que los administradores pueden tomar riesgos, haciendo un estudio previo del impacto que

---

<sup>373</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p.124

<sup>374</sup> <http://www.cnv.gov.ar/Sanciones/resolucion13416.htm>

<sup>375</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades*. Bogotá 1997.

<sup>376</sup> Con la reforma al Código de comercio mediante la ley 222 de 1995 se cambió el concepto de buen padre de familia por el de buen hombre de negocios.

tendrían éstos en la sociedad. Según Alberto Romana, “se trata de un supuesto de responsabilidad profesional, porque el administrador debe ser una persona calificada y si no lo es tienen que capacitarse”<sup>377</sup>. “El buen hombre de negocios, es aquella persona que pone todo su conocimiento, previsión y diligencia en la gestión propia de la actividad social, como si fueran propias”.<sup>378</sup>

La Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa 9 de 1997 al referirse a este principio señaló:

*“La Ley 222, adicionalmente impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que hasta ahora se les exigía. En efecto, ya no basta conducir los negocios con diligencia y prudencia simplemente medianas, esto es, con la que se espera de un buen padre de familia. La nueva Ley exige a los administradores actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con aquella que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de los asuntos sociales”.*

Contradiendo un poco la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, y acogiendo el criterio de la Cámara de Comercio de Bogotá, en realidad no se trata de un mayor grado de exigencia en la diligencia de uno u otro concepto (el del buen padre de familia, o el buen hombre de negocios), sino de una diferencia en los matices que caracterizan la diligencia, ya que en uno u otro caso las circunstancias que envuelven la actividad y la misma actividad son distintas. La exigencia en la diligencia de un buen padre de familia y de un buen hombre de negocios son igualmente exigentes en las actividades que cada quien desarrolle.

Los administradores, bajo el nuevo parámetro deben ser “*personas conocedoras de las técnicas de administración y gestión, que les permitan efectuar una valoración seria y estudiosa de las opciones que se les presentan al momento de*

---

<sup>377</sup> [http://www.uade.edu.ar/facultad\\_juridicas/dptderecho/jornada\\_romano.htm](http://www.uade.edu.ar/facultad_juridicas/dptderecho/jornada_romano.htm)

<sup>378</sup> CÁMARA DE COMERCIO BOGOTÁ. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

*tomar una decisión*<sup>379</sup>. La actividad que realizan es de medio y no de resultado, de tal forma que así no se produzca el logro esperado es preciso que en el interregno para tratar de alcanzarlo desarrollen todos los procedimientos y movimientos previos necesarios con la diligencia y cuidado que requiere un buen hombre de negocios.

Entre los deberes específicos expresamente señalados por el legislador en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que emanan del principio de diligencia de un buen hombre de negocios están: “1º Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, 2º Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, y 3º Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal”; éstos deberes se tratarán más adelante.

#### **a) Manifestaciones del deber de diligencia de un buen hombre de negocios.**

Dentro de las diversas manifestaciones de este principio están: las de informarse y preparar adecuadamente las reuniones de la junta y de los demás órganos delegados; asistir a las reuniones y participar activamente en las deliberaciones, a fin de que su criterio contribuya efectivamente a la toma de decisiones; realizar cualquier cometido específico que dentro de su compromiso de dedicación le sea asignado; trasladar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya tenido noticia; y vigilar las situaciones de riesgo que se puedan presentar promoviendo al efecto la convocatoria de una reunión extraordinaria, entre otras.

En cuanto a la participación activa en las deliberaciones, es necesario cuestionarse sobre el papel efectivo que los delegados del Estado pueden ejercer en el desarrollo de la sociedad. Dentro de los miembros de una junta directiva de las sociedades de economía mixta, está el ministro<sup>380</sup> como máximo jefe de la dependencia a la cual se encuentra vinculada la sociedad. Teniendo en cuenta los

---

<sup>379</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

<sup>380</sup> En esta misma obra véase numeral 14.6.1



múltiples compromisos de gran trascendencia que alguno de ellos pueda tener dentro de su actividad política y administrativa, la incidencia de sus actuaciones en la junta pasaría a un plano secundario faltando en cierta forma a este deber concreto de *“participar activamente en las deliberaciones, a fin de que su criterio contribuya efectivamente a la toma de decisiones”*; cabría entonces la posibilidad de delegar como miembros de la junta a funcionarios que pudieran cumplir a cabalidad con los objetivos previstos.

**b) Deber de vigilancia.** El deber de vigilancia implica el control del funcionamiento de la compañía dentro y fuera de ella. Al respecto la Superintendencia Bancaria en Circular Externa 35 de 1999, en relación a la vigilancia como manifestación del principio general de diligencia propia de un buen hombre de negocios que:

*“en tal sentido, le corresponde a las juntas o consejos directivos en su calidad de administradores, definir las políticas y diseñar los procedimientos de control interno que deban implementarse, así como ordenar y vigilar porque los mismos se ajusten a las necesidades de la entidad. El control interno se define como un proceso realizado por la Junta directiva, los administradores y demás personal de una entidad, diseñado para proporcionar seguridad razonable en la búsqueda del cumplimiento de los objetivos en las siguientes categorías que si bien son distintas entre sí, se encuentran íntimamente relacionadas.*

- *Efectividad y eficiencia de las operaciones, esto es el cumplimiento de los objetivos básicos de la entidad, salvaguardando los recursos de la misma; es decir, los activos de la empresa y los bienes de terceros que se encuentran en poder de la entidad,*
- *Suficiencia y confiabilidad de la información financiera, así como de la preparación de todos los Estados financieros”.*

14.5.1.4 Interés de la sociedad regido por el interés de los asociados. El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece para los administradores que *“sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”*, se refiere la norma no a la sumatoria de los intereses individuales de

los asociados, sino al *interés social*, como la expresión volitiva del ente societario<sup>381</sup>.

Para Cohen de Roimiser, el interés, desde un punto de vista jurídico, indica la relación existente entre un sujeto y una entidad idónea, desde el punto de vista valorativo, para satisfacer una necesidad<sup>382</sup>. Para Carnelutti, citado por Brunetti, es el interés que el agente trata de realizar con el acto mismo<sup>383</sup>. El interés en sí es la voluntad de una persona o entidad orientada a lograr un objetivo determinado.

**a) El interés social.** Dependiendo de la concepción que se tenga sobre la trascendencia de las sociedades comerciales, se determinan ideas distintas sobre si el interés social es un interés diferente y especial, o es la suma del interés de los socios.

El interés del socio individualmente considerado es obtener a través de la sociedad un beneficio individual, el mayor lucro posible y lícito, derivado de su aporte y colaboración social<sup>384</sup>; mientras que el interés social se refiere a la *existencia de voluntades que tienden hacia un fin en forma mancomunada*<sup>385</sup>. El interés social es un *interés homogéneo*, caracterizado por obtener su satisfacción mediante el resultado de una acción común o de la coordinación de una pluralidad de acciones.<sup>386</sup>

Mientras que la suma de los intereses individualizados de los asociados no identifica el sentir de todos como un ente concreto e institucionalizado, el interés social, los reconoce como una fuerza conjunta que va en búsqueda de un bien

---

<sup>381</sup> REVISTA UNIVERSITAS: Personificación jurídica de la sociedad. Francisco Reyes Villamizar. No. 100, p. 198

<sup>382</sup> ROIMISER, Op. Cit., p. 2 y 3

<sup>383</sup> BRUNETTI, Op. Cit., t. I, n<sup>o</sup>. 90, p. 260

<sup>384</sup> VILLEGAS, Carlos. Derecho de las sociedades comerciales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000

<sup>385</sup> BARGALLÓ, Santiago. Consideraciones iusfilosóficas en torno del interés social. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997

<sup>386</sup> *Ibidem*, p. 170

común y no sólo diversos intereses que confluyen por una circunstancia determinada.

- Teorías sobre el interés social

Las diversas teorías que sobre el tema se han expuesto, se centran sobre la idea de considerar o no a la sociedad más que una mera abstracción lógica, no realizable en la naturaleza, negándole realidad ontológica.

1ª) *Teoría Traspersonalista*. Expuesta por Walther Rathenau, considera a las empresas (utiliza la noción empresa y sociedad como equivalentes), como organismos productivos que deben perseguir sus fines propios. De esta manera *“la empresa trasmutada en una persona jurídica, se convierte en titular de un interés tutelable por el ordenamiento jurídico”*<sup>387</sup>. Los accionistas bajo este esquema quedan desvinculados de la gestión de la empresa, adquiriendo los administradores un poder casi desmesurado.

2ª) *Teoría del Institucionalismo Francés*. Su exponente fue Maurice Hauriou, considerada como una tesis intermedia entre el Traspersonalismo alemán y el individualismo de la sociedad concebida desde el punto de vista contractualista. Esta teoría distingue claramente la personalidad jurídica de la sociedad respecto de los individuos que la conforman, ya que tiene lugar una *“distinción del interés o fin social, que trasciende de lo individual y se asienta sobre una personalidad moral que existe merced a la substante obra social a realizar”*<sup>388</sup>

3ª) *Teoría del Institucionalismo Normativo Brasileño*. La sociedad tiene una función social, y se prevé que el interés social importa el reconocimiento del interés de quienes laboran en ella, el de la comunidad y el de la propia nación brasileña (*Ley brasileña de sociedades anónimas de 1976, art. 154*).

---

<sup>387</sup> *Ibíd*em, p. 174

<sup>388</sup> *Ibíd*em, p. 178

4ª) *Teoría contractualista del interés típico*. Establece que el interés social debe ser predicado respecto de los socios, y son éstos, y no otros entes o personas, los titulares de tal interés. El interés común a todos los socios está centrado, principalmente, en que mediante la actividad social se obtenga el mayor lucro posible. El interés social es de esta manera, de *carácter típico*, común a todos los socios<sup>389</sup>.

5ª) *Teoría contractualista del socio medio*. Para esta teoría, el interés social es aquel referido al de un hipotético socio medio el cual, presumiblemente, no tiene otro interés personal diverso de aquel que tiene como socio<sup>390</sup>.

La característica común de las teorías de corte contractualista, es que no conciben la posibilidad de reconocer una categoría superior al interés individual de los socios. Doctrinantes como Halperín considera que “el interés social es el interés común de todos los socios. El principio mayoritario no ha sido entendido por la Ley como sanción de prevalencia del interés de la mayoría, en cuanto interés del más fuerte: se introdujo como criterio de organización de los socios, y por esto como medio de protección del interés común de los socios”<sup>391</sup>. En el mismo sentido, Ascarelli afirma que “el accionista es libre de pensar mediante su voto, como mejor lo crea, la valuación de los fines a que debe tender la actividad de la sociedad y de los medios idóneos para conseguir el interés social, de donde concluye que no hay obligación alguna del socio de perseguir, mediante el voto, el interés social”<sup>392</sup>.

Además de las teorías institucionalistas y contractualistas, existen las que niegan la posibilidad de la configuración general del interés social. Tal es el caso de la profesora Cohen Roimiser quien afirma que “la formulación verbal -interés social-

---

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 180

<sup>390</sup> GOWER, *The principles of modern company law*, London, 1969 citado por Cohen Roimsier, *Op. Cit.* p. 43

<sup>391</sup> HALPERIN, Isaac. *Sociedades anónimas*, Buenos Aires Depalma, p. 191 citado por Bargallo *Op. Cit.* p. 183.

<sup>392</sup> Conf. Ascarelli, *Sui poteri...*, “*Riv. Dir. Comm.*”, 1950, t.I, p. 122 citado por Bargallo *Op. Cit.* p. 184

plantea una imposibilidad natural y al mismo tiempo lógica”; en su concepción el interés sólo puede corresponderle a la persona física, y no es predicable respecto de una abstracción lógica como la sociedad. Según su criterio, el objeto social será el elemento concreto cuya búsqueda y realización permitirá el equilibrio de los diferentes intereses de los socios<sup>393</sup>. Los críticos de esta posición como el autor Cabanellas, consideran que el interés social no es sólo desarrollar la actividad descrita en el objeto social, sino realizarlo de tal modo que derive *“una ganancia que compartirán conforme a las reglas del contrato social”*.

Además de Roimiser, Colombres también critica las teorías anteriores, señalando que *“todas las doctrinas del interés social incurren en el vicio de comenzar por la elaboración abstracta de una regla general teórica para aplicar luego esa regla al régimen legal”*<sup>394</sup>.

Teniendo en cuenta las diversas teorías sobre el interés social expuestas, en principio la disposición consagrada en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 adopta en cierta forma la tesis del interés social típico, en la cual son los socios los titulares del interés que debe perseguir la sociedad. El interés social siempre tendrá como beneficiarios los socios, pero ese bien sólo tiene la posibilidad de realizarse mediante el buen y adecuado funcionamiento de la sociedad.

El buen funcionamiento del ente societario en gran medida depende de la gestión de los administradores. El buen manejo no se agota únicamente en la realización del objeto social como lo manifiesta Roimsier, sino en el reflejo de los beneficios en concreto para los asociados; puede ser verbigracia, que quienes ostentan el control y administración de la sociedad, al experimentar ésta un enriquecimiento, no lo distribuyan en dividendos, sino que para sí obtengan mayores ganancias por otras vías diferentes.

---

<sup>393</sup> *Ibíd*em, p. 184

<sup>394</sup> *Ibíd*em, p. 184

El interés social nace en el marco de una agrupación de personas unidas para la realización de un emprendimiento mercantil en común, que constituye una realidad que en modo alguno puede ser desconocida como tal. La entidad propia del interés social, consiste en la adecuada relación entre el bien común que persigue la sociedad y las conductas que en orden a él se puede exigir a quienes en ella actúen<sup>395</sup>.

En el caso específico de las sociedades de economía mixta, individualmente considerados los intereses de cada una de las partes, tenemos por un lado los socios representantes del capital privado cuyo interés se fundamenta en la obtención de las utilidades, en conseguir una ganancia económica como resultado de la actividad de la sociedad. Por otro lado está el Estado cuyo propósito es la realización de un servicio público a través de actividades industriales y comerciales, alcanzar satisfacciones de orden colectivo. Pero en sí el interés social de la sociedad de economía mixta es la fuerza conjunta tanto del sector público como del privado que va en búsqueda de un bien común, que se manifiesta no sólo en los diversos intereses que cada uno tiene sino que confluyen por una circunstancia determinada, al final ambas partes como componentes de un mismo ente persiguen el cumplimiento de los objetivos propuestos por la sociedad como tal y que a cada una representa particularmente su fin original.

**14.5.2 Deberes específicos de los administradores.** El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en su inciso 2º, señala explícitamente una lista de deberes concretos derivados de los principios de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, a título meramente enunciativo, por lo cual existen otros deberes que no han sido establecidos expresamente, como por ejemplo: la prohibición de utilizar activos sociales con fines privados; la prohibición de aprovechar oportunidades de negocios de la sociedad; el ejercicio de sus facultades dentro de los límites

---

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 219

establecidos por el órgano que se las otorgó y conforme la Ley y los estatutos, informarse y preparar adecuadamente las reuniones de la junta y de los demás órganos delegados; asistir a las reuniones y participar activamente en las deliberaciones; trasladar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya tenido noticia; entre otros.

14.5.2.1 Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. El objeto social como lo define el código de comercio en su artículo 110 numeral 4º, es *“la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales”*. El objeto social comprende en forma determinada<sup>396</sup> la actividad económica que ha de desarrollar la sociedad durante su existencia, estableciendo así, el marco de capacidad de la compañía<sup>397</sup>.

Dentro de la actividad económica descrita en el objeto social, se entienden incluidos: *“los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”*.

Con base en lo dispuesto por las normas sobre el objeto social, las facultades de los administradores están limitadas en dos sentidos:

1º En realizar sus funciones y cumplir con sus obligaciones enfocados en el desarrollo de la o las actividades económicas de la sociedad determinadas en el objeto social, y,

2º En abstenerse de llevar a cabo actuaciones que extralimiten la capacidad de la

---

<sup>396</sup> El inciso 2º del C.Co. art. 110 numeral 4º, establece que *“será ineficaz la estipulación en virtud del cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con él”*.

<sup>397</sup> C.Co. art. 99 inc.1º: *“La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto”*.

persona jurídica, ya que éstas adolecerían de nulidad.

La expresión “*esfuerzos conducentes al adecuado*”, hace referencia a una manifestación concreta del principio de actuar con la “diligencia de un buen hombre de negocios”<sup>398</sup>, es decir actuar con dedicación, esmero, cuidado y atención, tratando de alcanzar los objetivos propuestos. Sin embargo esto no significa que el administrador esté obligado efectivamente a lograr tales fines, su obligación es meramente de medios, más no de resultados<sup>399</sup> y por tanto se le exigirá que actúe con la diligencia de un buen hombre de negocios para intentar lograr las metas.

En las sociedades de economía mixta el objeto social se concreta en desarrollar actividades comerciales e industriales, y además de éstas y como complementarias, la Ley puede asignarles expresamente determinadas funciones administrativas<sup>400</sup>.

En el caso del adecuado desarrollo del objeto social se refiere al cumplimiento de las funciones administrativas atribuidas, este deber tiene reflejo constitucional en el artículo 209 de la constitución, que dispone: “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado*”.

Este deber específico no se aplica al liquidador como administrador de la sociedad en Estado de liquidación, ya que en este evento la sociedad sólo mantiene su capacidad para realizar “*los actos conducentes a su inmediata liquidación*”. El artículo 222 del código de comercio prescribe que: “*Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica*”.

---

<sup>398</sup> En esta misma obra véase numeral 14.5.1.3.

<sup>399</sup> En esta misma obra véase numeral 14.5.1.3.

<sup>400</sup> En esta misma obra véase Capítulo XIII



*únicamente para los actos conducentes a su inmediata liquidación*<sup>401</sup>.

En el caso de la liquidación obligatoria, en la cual prevalece el principio de conservación de la empresa, sobre la finalidad liquidatoria de la quiebra, excepcionalmente cabría la posibilidad de que la sociedad continuara desarrollando su objeto social. Al respecto la Ley 222 de 1995 en el artículo 151 numeral 3º estipula: “La apertura del trámite liquidatorio implica: 3º La disolución de la persona jurídica, en tal caso para todos los efectos legales, ésta deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación obligatoria”, salvo que dentro del trámite *se pacte su continuación*, caso en el cual la medida queda sin efecto”.

Respecto a las sociedades que se encuentren bajo la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, este organismo tendrá la facultad de “*Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo*” (Ley 222/95 art. 84 num. 4º)

14.5.2.2 Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. Este deber se puede interpretar de dos maneras: una primera, en el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias por parte de los propios administradores, y una segunda que consiste en cuidar y vigilar que

---

<sup>401</sup> C.Co.; art.222 inc.2º. “*Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador y al revisor fiscal que no se hubiera opuesto*”.

además de sus dependientes, el resto de personas que directa o indirectamente influyen en el desarrollo de la sociedad, acaten las disposiciones legales y estatutarias.

Una posición intermedia es la referente al observar tales disposiciones legales y estatutarias ellos mismos, y vigilar que los empleados directamente dependientes también las respeten, ya que en últimas por las actuaciones de éstos últimos los administradores son quienes responden. Esta norma implica, en cierta medida la consagración de una culpa in vigilando<sup>402</sup>, que incluye el deber de vigilancia sobre las actividades de los subalternos.

El artículo 84 de la Ley 222 de 1995, al desarrollar los casos en que la Superintendencia de Sociedades puede intervenir *“para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la Ley y a los estatutos”*, señala algunos eventos en los cuales se vulnera este deber específico; tales son:

- a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.
- b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajusta a la realidad;
- c. No llevar contabilidad de acuerdo con la Ley o con los principios contables generalmente aceptados;
- d. Realización de operaciones con comprendidas en su objeto social.

---

<sup>402</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de Sociedades. p. 140

14.5.2.3 Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. Este deber propugna por facilitar las actividades del órgano de fiscalización<sup>403</sup>; tiene su razón de ser en la importancia que representa preservar la independencia del funcionario, para garantizar los resultados de su tarea tal y como la Ley y los estatutos lo pretenden, y la sociedad, asociados y terceros lo necesitan. *“Esta función tiene como objetivo la adopción de políticas que garanticen independencia de la actividad de la revisoría fiscal, mediante el establecimiento de obligaciones a cargo de los administradores, relacionadas con el suministro de información contable y financiera completas, relevantes y suficientes que faciliten la labor de la revisoría”*<sup>404</sup>.

Los administradores están principalmente obligados a proporcionarles todo tipo de información necesaria, financiera, contable, administrativa, del funcionamiento general y demás que el revisor fiscal considere indispensable para cumplir con sus funciones legales y estatutarias.

Además de cumplir con las obligaciones propias de la administración, como lo advierte el concepto de la Cámara de Comercio, con respecto a la revisoría fiscal, los administradores deben velar porque los demás funcionarios dentro del ente societario le permitan y faciliten al revisor realizar su gestión, por ejemplo en el caso de llevar a cabo la inspección de los bienes de la sociedad<sup>405</sup>.

En el caso de las sociedades de economía mixta este deber es cuestionable cuando dentro de los administradores se encuentran agentes del Presidente de la República, como por ejemplo el ministro del ramo correspondiente en la junta directiva, y cuando a su vez el revisor fiscal ha sido nombrado por el mismo

---

<sup>403</sup> En esta misma obra véase numeral 14.11.6

<sup>404</sup> CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

<sup>405</sup> CÓDIGO DE COMERCIO art. 207 num. 5º: *“Son funciones del revisor fiscal: 5º Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier título”*.

Presidente<sup>406</sup>. En tal evento la independencia y la objetividad características del órgano de fiscalización podrían desvanecerse al pretender controlar un administrador de su propio equipo, cuando ambos funcionarios dependen del mismo superior.

14.5.2.4 Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. La reserva comercial e industrial es un secreto “su contenido no es conocido en general, ni es fácilmente accesible a las personas que normalmente manejan el tipo de información de que se trate, teniendo éste un valor comercial efectivo o potencial por el hecho mismo de ser secreto y de no resultar evidente para las personas vinculadas a la materia”<sup>407</sup>. Este conocimiento confidencial recae sobre asuntos propios de la actividad comercial o industrial que desarrolla la sociedad, es decir, procesos, estrategias de mercado, y en general información de carácter técnico.

Este deber implica dos actuaciones por parte del administrador: “guardar y proteger”, es decir que además de evitar su divulgación por él mismo y tenerla que mantener en secreto, debe impedir que terceros no autorizados por otros medios lleguen a conocerla, resguardándola de su revelación pública.

De acuerdo a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que una determinada información se considere como de reserva comercial o industrial, para alcanzar una eventual protección se necesita:

- a. Ser secreto, que de éste se pueda obtener un valor potencial o efectivo por el mismo hecho de ser secreto.
- b. Que la sociedad haya dispuesto los medios necesarios para ejercer un control de la información y de las personas que la conocen con el objeto de mantenerla

---

<sup>406</sup> En esta misma obra véase numeral 14.11.3

<sup>407</sup> JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. p. 20

- en secreto.
- c. La información no tiene que ser de dominio público.
  - d. No debe ser evidente para una persona que posee conocimiento técnico sobre la materia.
  - e. Únicamente debe ser divulgada por orden judicial o por expresa disposición legal.<sup>408</sup>

Además de la disposición legal en la Ley 222 de 1995, la reserva comercial o industrial, está protegida en el actual código penal, cuyo artículo 308 establece que:

*“ART. 308 VIOLACION DE RESERVA INDUSTRIAL O COMERCIAL. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.*

*La pena será de tres (3) a siete (7) años de prisión y multa de cien (100) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero”.*

Igualmente la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal en su artículo 16 considera como desleal: **“ART. 16.—Violación de secretos.** *Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley. Tendrá así mismo la consideración de desleal, la*

---

<sup>408</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

*adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan. Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2º de esta ley”, y la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, por la cual se adopta el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en su artículo 265 dispone que:*

*“Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto de su usuario autorizado”.*

Para los administradores delegados del Estado en la sociedad, habría además sanciones de tipo disciplinario, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario. El artículo 34 numeral 5º de la Ley consagra como deber el *“Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos”,* y en el artículo 48 numeral 1º considera como falta gravísima el *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”.*

14.5.2.5 Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. La Superintendencia de Sociedades define la noción de información privilegiada como: *“aquella a la cual sólo tienen acceso directo ciertas personas (sujetos calificados) en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero”.* Como características de la información privilegiada determina: *“a) Es necesario que a ella sólo tengan acceso*

*determinadas personas, en razón al cargo o de sus funciones en el sector público o en el sector privado; b) Debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada, y c) Debe versar sobre hechos concretos y referidos al entorno societario o al ámbito dentro del cual actúa la compañía”<sup>409</sup>.*

La información privilegiada a diferencia de la reserva comercial o industrial, se refiere a conocimientos confidenciales sobre la situación general del funcionamiento y Estado de la compañía; por ejemplo acerca de una futura emisión accionaria que podría utilizar para realizar operaciones de adquisición o venta de valores de la sociedad o cualquier tipo de actuación especulativa con dichos valores, o la apertura próxima de un proceso concursal que le representaría eventualmente un beneficio para sí o para un tercero.

La reserva comercial o industrial aunque es información con el carácter de “privilegiada”, se refiere a conocimientos específicos diferentes al Estado económico o financiero de la sociedad, que la clasifica como información confidencial especial con las características propias ya estudiadas.

La información privilegiada que por razón de su cargo tienen acceso los administradores de la sociedad, implican obligaciones como: la discreción y la pasividad. La obligación de discreción impone al administrador no sólo el deber de guardar secreto de las deliberaciones de la junta y de las comisiones de que forme parte, sino también el de abstenerse de revelar cualquier información a la que haya tenido acceso en el desempeño de sus funciones. La obligación de pasividad lo obliga a no hacer uso de la información reservada de la compañía para fines privados<sup>410</sup>

El uso indebido de información privilegiada según la Cámara de Comercio de

---

<sup>409</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 20 de 1997

<sup>410</sup> <http://www.societario.com/revista/6/doctrina/romanouade.htm>

Bogotá “se refiere a la posibilidad de conocer información económica y financiera de la empresa, que posee importancia relevante para la sociedad, en alguna medida y no es de conocimiento público, dado que puede ser objeto de utilización indebida con el fin de obtener un aprovechamiento económico a favor de éste o de un tercero”<sup>411</sup>. A su vez la Superintendencia de sociedades en circular externa 20 de 1997 considera que:

*“hay uso indebido de la información privilegiada cuando quien la posee y está en la obligación de mantenerla en reserva, incurra en cualquiera de las siguientes conductas, independientemente de que su actuación le reporte o no beneficios:*

- a) Que se suministre a quienes no tienen derecho a acceder a ella;*
- b) Que se use con el fin de obtener provecho propio o de terceros;*
- c) Que la oculte maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, lo cual supone usarla sólo para sí y, por abstención, en perjuicio de la sociedad para estimular beneficio propio o de terceros;*
- d) Que se haga pública en un momento inapropiado, y*
- e) Igualmente habrá uso indebido de la información, cuando existiendo la obligación de darla a conocer no se haga pública y se la divulgue en un medio cerrado o no se le divulgue de manera alguna”.*

La definición de la Cámara de Comercio de “uso indebido de información privilegiada” se relaciona más con el concepto mismo de información privilegiada que con el carácter en sí de su indebida utilización. En la doctrina de la Superintendencia de sociedades, se especifican conductas que constituyen uso indebido de la información privilegiada, frente a lo cual es importante resaltar que el ingrediente subjetivo que quien realice la conducta, es decir *“el fin de obtener provecho propio o de terceros”* es necesario que esté presente, más no que efectivamente se concrete dicho beneficio para que se configure la conducta.

Existen excepciones a la regla, que la misma Superintendencia de sociedades

---

<sup>411</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.



señala<sup>412</sup>

- “a) Cuando el órgano competente de la sociedad autorice expresamente al administrador el levantamiento de la reserva;*
- b) Cuando la información se le suministre a las autoridades facultadas para solicitarla y previa su solicitud, y*
- c) Cuando es puesta a disposición de los órganos que tienen derecho a conocerla, tales como la asamblea general de accionistas, la junta de socios, la junta directiva, el revisor fiscal, los asociados en ejercicio del derecho de inspección y los asesores externos, etc”.*

Habría que añadir además el caso en que la aplicación de la información privilegiada resulte inocua e inofensiva para la sociedad, evento en el cual no existiría razón para prohibirle al administrador su uso y por tanto con calificaría como *“uso indebido de información privilegiada”*.

Aparte de lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, el uso indebido de información privilegiada está consagrado en otras disposiciones normativas como en el artículo 258 del código penal, que lo tipifica como delito así: *“ARTICULO 258. UTILIZACION INDEBIDA DE INFORMACION PRIVILEGIADA. El que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa. En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público”*. El código anterior en el mismo artículo (art. 148 A código de 1980) sancionaba el delito también para los empleados públicos, y además de la multa

---

<sup>412</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 20 de 1997

imponía *“prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal”* .

Para los administradores representantes sector público, el código penal establece en el artículo 420 sobre la Utilización indebida de información oficial privilegiada, que: *“El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurre en multa y pérdida de empleo o cargo público”*. Además de las sanciones disciplinarias consagradas en la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario.

**a) Prohibición de utilizar activos sociales o información confidencial con fines privados.** La utilización por los administradores de los activos sociales con fines exclusivamente privados o con aprovechamiento de ventajas patrimoniales además de quebrantar los deberes generales de buena fe y lealtad, representa en el caso de que se tratare de los servidores públicos, la posible comisión de delitos contra la administración pública como el peculado por apropiación o el peculado por uso.

El primero de éstos, tipificado en el artículo 397 del código penal, dispone que :

*“ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

*Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.*

La apropiación, implica el ánimo del funcionario de comportarse como “señor y dueño” respecto del bien, a diferencia de un acto de apoderamiento en donde se estaría frente a un caso de hurto.

El peculado por uso, descrito en el artículo 398 del código penal, consiste en que:

*“El servidor publico que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o co ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.*

Tanto en el peculado por apropiación, como en el peculado por uso, se exige para perfeccionamiento del hecho punible, sujeto activo calificado, cual es el servidor público, ante lo cual estos delitos sólo serían eventualmente imputados a los administradores delegados por el Estado, quienes estarían investidos con el carácter de servidores públicos, que los administradores particulares no tienen.

**b) Prohibición de aprovechar oportunidades de negocios de la sociedad.** Por “oportunidades de negocios” se entiende cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del administrador. En este evento el administrador aprovecha en beneficio propio o de un tercero una oportunidad de negocio que corresponde a la sociedad.

En este caso habría un ingrediente significativo que habría que agregarle a la concepción en principio absoluta del deber de lealtad, en el sentido en que “los intereses de la sociedad están por encima de los intereses propios o de terceros”, *pero cuando tales intereses estén en cabeza de ésta*. Siempre que no se configure una situación de conflicto de interés o de competencia, el administrador podría eventualmente explotar una oportunidad de negocio que aunque podría beneficiar a la sociedad, éste la consiguió por medios diferentes a su cargo y en circunstancias independientes a su relación con la compañía. También podría el administrador valerse de una oportunidad de negocios “de la sociedad”, siempre que habiéndole ofrecido previamente la posibilidad de valerse de ella, la sociedad la hubiera rechazado.

Sin embargo, respecto a los administradores delegados del Estado, sería inconveniente y eventualmente lo inhabilitaría para desempeñar cargos públicos, el hecho de aprovechar una oportunidad de negocio así ésta haya sido rechazada previamente por la sociedad.

14.5.2.6 Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el derecho de inspección de todos ellos. La Ley comercial pretende por medio de este deber preservar los derechos e intereses de los accionistas minoritarios, vulnerados continuamente por la Ley de mayorías dentro del ente societario. “La realidad enseña, con harta frecuencia, que la mayoría, al manifestarse en determinaciones del máximo órgano social, puede apartarse de modo significativo del denominado interés social, para confundirse con la simple suma de los intereses individuales de los socios mayoritarios”<sup>413</sup>

Los administradores deben “procurar la protección especial que merecen las minorías dentro de las estructuras de las sociedades, con el objeto de que sus

---

<sup>413</sup> REYES, Francisco. Personificación Jurídica de la Sociedad. Revista Universitas No. 100. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. p. 198

intereses se vean representados en éstas”<sup>414</sup>, así se les exige respetar los derechos de todos los socios sin importar la cuantía de su aporte en el capital social.

Aunque la norma de manera especial señala la protección del derecho de inspección, no quiere decir que se circunscriba solamente a éste, se refiere a un trato no discriminatorio en general, respetando los derechos de todos los asociados minoritarios y mayoritarios, atendiendo las peticiones de éstos sin importar de quien provengan, no tener preferencias por unos u otros, etc.

El derecho de inspección por parte de los socios, les da la posibilidad de acceder a los documentos que soportan la información financiera y contable de la sociedad. En conformidad con el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, *“Los socios podrán ejercer el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la Ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad”*.

Bajo el régimen de las sociedades anónimas, los accionistas pueden ejercer el derecho de inspección, *“durante los quince (15) días hábiles que preceden la reunión de la asamblea”*<sup>415</sup>. El derecho de inspección se encuentra así restringido al período señalado por la Ley, contrario al sistema societario de las sociedades de responsabilidad limitada, cuyos socios pueden inspeccionar los documentos en cualquier tiempo, personalmente o por interpuesta persona<sup>416</sup>.

Sin embargo, en el régimen general de las sociedades, el derecho de fiscalización

---

<sup>414</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

<sup>415</sup> CÓDIGO DE COMERCIO art.447 *“Los documentos indicados en el artículo anterior junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la Ley, deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración, durante los quince días hábiles que precedan a la reunión de la Asamblea”*.

<sup>416</sup> CÓDIGO DE COMERCIO art. 369 *“Los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo por sí o por intermedio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía”*.

individual se encuentra genéricamente limitado, ya que entre la documentación no se puede incluir información que contenga reserva industrial o comercial, o cualquiera que al utilizarla perjudique los intereses de la sociedad<sup>417</sup>.

La violación a éste deber en general implica por parte de la Superintendencia de sociedades que asuma la vigilancia de la sociedad, el artículo 84 de la Ley 222 de 1995 establece que: “También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:  
*a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados”.*

Con respecto al derecho de inspección, su inobservancia constituye una causal de remoción para el administrador que directamente lo incumpla o para el revisor fiscal que sabiendo de la situación no lo haya denunciado<sup>418</sup>. Además en el caso de las sociedades anónimas, los administradores serán sancionados por la Superintendencia con multas.

14.5.2.7 Abstenerse de participar en actividades que impliquen competencia o conflicto de interés con la sociedad. El artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en el numeral 7º señala como deber específico: *“Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”.*

---

<sup>417</sup> Ley 222/95 art.48 inc.2º *“En ningún caso este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, pueden ser utilizados en detrimento de la sociedad”.*

<sup>418</sup> Ley 222/95 art. 48 inc.3º *“Los administradores que impidieren el ejercicio del derecho de inspección o el revisor fiscal que conociendo de aquel incumplimiento se abstuviere de denunciarlo oportunamente incurrirán en causal de remoción. La medida deberá hacerse efectiva por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente”.*

Este deber contiene la prohibición referente a dos actividades distintas *“las que impliquen competencia”* y frente a las cuales *“exista conflicto de intereses”*.

**a) Actos de competencia.** Los actos de competencia como lo entiende la Superintendencia de Sociedades, son *“aquellos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero en favor del cual éste tenga la vocación de actuar, toda vez que cada uno de ellos persigue la obtención de un mismo resultado, tal como ocurre cuando varios pretenden la adquisición de unos productos o servicios, el posicionamiento de un mercado al que ellos concurren”*<sup>419</sup>.

La norma se refiere a *“actividades que impliquen competencia con la sociedad”*, es decir, le prohíbe a los administradores la realización de cualquier acto que envuelva competencia, ya sea ésta *“legítima”* como la consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política<sup>420</sup> o *“ilegítima”* es decir, *“cuando los competidores se valen de medios torcidos o impiden el ingreso de nuevos participantes, la competencia se distorsiona y desaparece”*<sup>421</sup>. Ésta última puede ser desleal<sup>422</sup>, o ilícita, cuando vulnere disposiciones legales e implique una conducta delictiva.

La Superintendencia de Sociedades al respecto sólo se refirió a la competencia como acto ilegítimo así:

*“de manera especial la atención el despacho en el sentido que esta*

---

<sup>419</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 20 de 1997

<sup>420</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA Art. 333 inc.2º *“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*

<sup>421</sup> JAECKEL, Op. Cit., p 26

<sup>422</sup> <sup>9</sup> La Ley 256 de 1996 *por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*, prescribe en su artículo 7º inciso 2º: *“En concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”*

*disposición legal le prohíbe a las autoridades que participen en actividades que impliquen competencia con la sociedad, sin calificar la forma como se desarrolle esa competencia; es decir sin precisar si es competencia desleal o competencia ilícita, porque para estos efectos lo que trasciende es el hecho de competir y nada más. En consecuencia, no puede el administrador argumentar en su favor que los actos de competencia no tienen el calificativo de desleales, pues tal condición no fue prevista por la Ley*<sup>423</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el administrador estará inhabilitado para integrarse en el mismo mercado en el que se desarrolla el objeto social de la sociedad, sin importar si su actividad contravenga o no las disposiciones normativas sobre la competencia; no podría *“entrar y actuar en el mismo mercado, actual o potencial, ofreciendo bienes o servicios susceptibles de satisfacer necesidades o intereses idénticos, o similares o complementarios”*<sup>424</sup> Así, para *“determinar si existen o no actos de competencia, será necesario establecer cuáles son las actividades que constituyen el objeto social de la compañía, cuáles son las líneas de productos o servicios, cuál es el mercado al cual se encuentran dirigidos, cuál es el ámbito de acción territorial, etc”*<sup>425</sup>

La Ley señala las dos formas de realización de la actividad, directa, cuando el administrador por sí mismo ejecuta los actos de competencia; o, indirecta, cuando el administrador por medio de un tercero efectúa la actividad que implica competencia con la sociedad.

**b) Conflictos de interés.** La Superintendencia de sociedades define que hay conflicto de interés *“cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero”*<sup>426</sup>.

---

<sup>423</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 20 de 1997

<sup>424</sup> PACHÓN, Manuel, citado por JAECKEL, Jorge en Algunos aspectos de la competencia desleal (II), en Universitas, Vol 74, Bogotá 1988. p 25

<sup>425</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 20 de 1997

<sup>426</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 20 de 1997



El administrador debe inhibirse de “tomar decisiones tendientes a favorecer sus intereses propios o de un tercero, persona natural o jurídica, con alguna vinculación de afinidad, consaguinidad o interés económico, directo o indirecto, a costa de la sociedad que representa o administra. Así, podrá garantizar la absoluta claridad de sus decisiones, que eventualmente puedan generar conflicto”<sup>427</sup>

Frente a los eventos de conflicto de interés, es importante mirar el caso en que se da por los contratos entre el administrador y la sociedad. En principio un contrato genera una situación de conflicto de interés, más ésta no es una regla general, y antes de perjudicar a la sociedad, ésta podría resultar favorecida al igual que el administrador involucrado;

*“no todo acuerdo de voluntades conduce a un conflicto de intereses; éste no se presenta ni en los contratos gratuitos ni en los onerosos que sean de colaboración como el de sociedad, de modo que no habría ningún obstáculo para que el administrador hiciera una donación a la compañía, que dirige o fuera socio de ella; cosa distinta ocurre con los contratos de contraprestación, que son la inmensa mayoría, porque en éstos, dado el enfrentamiento de las prestaciones a que cada parte se obliga, el conflicto será siempre una posibilidad innegable; en consideración a estas razones, no parece entonces legalmente viable que el administrador sea proveedor, distribuidor o asesor de la misma sociedad”<sup>428</sup>*

Sin embargo, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que cobija a los servidores públicos, eventualmente impediría cualquier tipo de acuerdo contractual por parte de los administradores delegados del Estado con la sociedad así éste no la perjudique y antes la beneficie, caso en el cual sería el funcionario sancionado disciplinariamente.

La Constitución Política en el artículo 127, dispone que: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o

---

<sup>427</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

<sup>428</sup> GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique citado por BERMUDEZ, Op.cit, p. 94.

administren recursos públicos”.

El código único disciplinario, dispone que el funcionario debe declararse impedido de realizar un acto que represente conflicto de interés<sup>429</sup>.

Asimismo bajo el artículo 2º inciso 1º de la Ley 80 de 1993, aplicable a las sociedades de economía mixta<sup>430</sup>, dispone que: *“Para los solos efectos de esta Ley: 1º) Se denominan entidades estatales: a)...las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)...”*, a su vez el inciso 2º del mismo artículo 2º califica como servidores públicos *“a) Las personas naturales que presten sus servicios dependientes de los organismos y entidades de que trata este artículo...”*, los administradores pertenecientes al sector público, estarán regidos bajo el régimen de incompatibilidades e inhabilidades contemplado en el estatuto de contratación pública.

Además de presentarse una situación de conflicto de interés, habría un impedimento para los administradores del Estado, ya que las inhabilidades e incompatibilidades prohíben la celebración de contratos estatales para ciertas personas. Con el objeto de evitar los favorecimientos, el nepotismo, el tráfico de influencias y en general con el fin de tutelar la rectitud en el ejercicio de la función contractual del Estado<sup>431</sup>, la Ley 80 de 1993 impide la contratación para ciertas personas. El artículo 8º del mencionado estatuto prescribe:

“1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

*a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la*

---

<sup>429</sup> Ley 712/02 art.40. “Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

<sup>430</sup> En esta misma obra véase numeral 6.6.3

<sup>431</sup> DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen de contratación estatal. Bogotá: Editorial Temis, 2000

*constitución y las Leyes.*

*b) Los servidores públicos.*

2º Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

*a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha de retiro.*

*b) Las personas que tengan vínculos de parentesco hasta segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.*

*c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.*

*e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad solo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada”.*

Frente a situaciones que impliquen conflicto de intereses, el administrador debe abstenerse de asistir y de intervenir en las deliberaciones que afecten los asuntos en que se halle interesado y, muy particularmente, en todas las relativas a su reelección o retiro. A su vez se debe limitar y vigilar con gran cautela la realización - por vías directas o indirectas- de transacciones profesionales o comerciales entre el administrador y la compañía, ya que estas operaciones pueden resultar peligrosas para el interés social.

Para tales efectos, el administrador debe informar anticipadamente sobre la situación de conflicto de intereses y establecer un mecanismo de control, que

consiste (como lo prevé el último inciso del artículo 23 de la Ley 222 de 1995)<sup>432</sup> en que estas operaciones deben ser aprobadas por la Asamblea General, excluyendo el voto del administrador si éste es socio. Sería de todas formas conveniente dar publicidad a estas operaciones.

Ante casos de actos de competencia o de conflicto de interés el administrador deberá identificar si concuerda la actividad que desarrolla con éstos, debiendo abstenerse inmediatamente de su realización, así tenga duda sobre si coincide o no con una situación de conflicto de interés o de competencia con la sociedad, para posteriormente informarle al órgano máximo. Al respecto la Superintendencia de Sociedades ha señalado:

*“El administrador deberá estudiar cada situación a efecto de determinar si está desarrollando actos que impliquen competencia con la sociedad o si existe conflicto de interés, y en caso afirmativo deberá abstenerse de actuar y si está actuando deberá cesar en ello.*

*La duda respecto a la configuración de los actos de competencia o de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas debiendo informar al máximo órgano social su caso, informándole de cuanto le permita a ese órgano conocer el detalle del caso.*

*Es preciso advertir que la prohibición para los administradores está referida a la participación en los actos que impliquen conflicto de interés o competencia con el ente societario. En este orden de ideas, cuando el administrador que tenga alguna participación en un acto de competencia o se encuentre en una situación de conflicto, sea miembro de un cuerpo colegiado —como sería el caso de la junta directiva— para legitimar su actuación no es suficiente abstenerse de intervenir en las decisiones, pues la restricción, como quedó dicho, tiene por objeto impedir la participación en actos de competencia o en actos respecto de los cuales exista una situación de conflicto, salvo autorización expresa del máximo órgano social, mas no*

---

<sup>432</sup> Art. 23 último inciso Ley 222 de 1995: *“En estos caso, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”*

*su intervención en la decisión.*

*En los eventos señalados, el administrador pondrá en conocimiento de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas esa circunstancia, debiendo igualmente suministrarle toda la información que sea relevante para que adopte la decisión que estime pertinente. El cumplimiento de tal obligación, comprende la convocatoria del máximo órgano social, cuando quiera que el administrador se encuentre legitimado para hacerlo. En caso contrario, deberá poner en conocimiento su situación a las personas facultadas para ello con el fin de que procedan a efectuarla.*

*La información relevante debe tener la idoneidad suficiente para que el máximo órgano social logre conocer la dimensión real del asunto y pueda, así, determinar la viabilidad de la autorización que le interesa al administrador o, en caso contrario, obrar de otra manera”.*

El órgano máximo deberá analizar la situación y “cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad” podrá autorizarla. Sin embargo, aunque expresamente la Ley no lo prescribe, se entiende que la asamblea no tiene la potestad de autorizar una situación que de por sí es ilegítima, como el caso de la competencia desleal o ilícita, por tanto además de la condición de que “no perjudique los intereses de la sociedad”, se le debe agregar la que “no constituya fraude a la Ley”. Respecto a la intervención de la asamblea la Superintendencia de sociedades afirma:

*“3. Intervención de la junta de socios y de la asamblea general de accionistas*

*El máximo órgano social al adoptar la decisión no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo principal de su trabajo y de su poder, razón por la cual habrá lugar a la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la compañía. Por tanto, para determinar la viabilidad de la misma, la junta o la asamblea evaluarán, entre otros, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales.*

*No sobra advertir que cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus partes de interés, cuotas u acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria.*

*Finalmente, si el máximo órgano social no imparte su autorización, el administrador deberá abstenerse de ejecutar los actos de competencia o aquellos generadores de la situación de conflicto. En caso de desacato, podrá ser removido de su cargo y estará sujeto al juicio de responsabilidad de que trata el artículo 200 del Código de Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones de orden legal que hubiere lugar”.*

Finalmente dependiendo del grado de fiscalización que ejerza la Superintendencia de Sociedades, ya sea de inspección, vigilancia o control, tendrá cierta incidencia cuando se presenten actos de competencia o conflictos de interés. En la circular externa 20 de 1997, se manifiesta al respecto:

*“IV. Intervención de la superintendencia*

*Tratándose de sociedades sujetas a su vigilancia, esta superintendencia puede entrar a pronunciarse en relación con la existencia de conflictos de interés, actos de competencia y utilización indebida de la información privilegiada, previa formulación de queja por quien se encuentre legitimado para hacerlo.*

*En este caso, la superintendencia luego de evaluar la información que le suministre el quejoso, así como la obtenida de manera oficiosa, procederá a formular los cargos respectivos al administrador a fin de garantizar tanto el debido proceso como su derecho de defensa. Surtida esta actuación, la superintendencia entrará a definir la situación concreta y si se estima que hay mérito, ordenará al administrador que se abstenga de realizar los actos generadores del conflicto y en caso extremo podrá ordenar la remoción de tal administrador.*

*Si se trata de una sociedad sujeta a inspección, el quejoso formulará la correspondiente solicitud de investigación administrativa.*

*Es de señalar que la intervención de la superintendencia no se hace extensiva a los juicios de responsabilidad y a los efectos indemnizatorios, asuntos que conocerá y decidirá la justicia civil.*

*Las anteriores observaciones se formulan sin perjuicio de las reglas que sobre el conflicto, actos de competencia e información privilegiada se hubieren consignado en los estatutos del respectivo ente, o en las vinculaciones de los administradores cuando a ello hubiere lugar”.*

Quien esta obligada a ejercer un control exhaustivo sobre los posibles casos de conflicto de interés es la Asamblea General, como consecuencia de una de sus

funciones privativas como es “Código de Comercio Artículo 187 6º *Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados*”. Si se da el caso en que la influencia de los administradores en negocios que podrían generar una situación de conflicto de interés, en realidad no lo sea o de hecho sea provechoso para la sociedad, es posible que se desarrolle pero siempre con el conocimiento previo del máximo órgano social.

### 14.5.3. Aplicaciones normativas de los deberes principales de los administradores

**Tabla 13. Deberes de los Administradores**

DEBER	FUNCIONES
<b>DEBER DE BUENA FE</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>C.C. Art 769</b> La buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria</li> <li>2. <b>C.Co.; Art. 835</b> Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa”,</li> <li>3. <b>L. 256 de 1996, Art. 7ª</b> Se configura competencia desleal en los actos que vulneren la buena fe comercial.</li> </ol>
<b>DEBER DE LEALTAD</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>C. Co, art. 19, num. 4º.</b> Conservar, con arreglo a la Ley, los libros y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades</li> <li>2. <b>C. Co, art. 19, num. 6º.</b> Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal.</li> <li>3. <b>Decis. 486/2000, Comunidad Andina.</b> Tomar las medidas necesaria para proteger adecuadamente la propiedad industrial, tales como realizar los registros pertinentes, solicitar su renovación oportuna, pagar las tasas exigidas y defender los derechos protegidos mediante las oposiciones y acciones que sean del caso</li> <li>4. <b>L. 23/82, L. 44/93 y Decis. 351/93.</b> Cumplir las normas sobre derechos de autor, especialmente en lo relativo a la utilización de programas de computador amparados por su correspondiente licencia</li> <li>5. <b>L. 155/59, arts. 1º y 4º.</b> Abstenerse de celebrar acuerdos o convenios que afecten la libre competencia en los mercados y solicitar autorización a la Superintendencia de Industria y Comercio en los casos de integraciones empresariales L. 222/95, Art. 23 num. 4º Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad</li> <li>6. <b>Desición 486/2000, Comunidad Andina, arts. 260 y 265</b></li> <li>7. <b>L. 222/95, Art. 23 num. 5º</b> Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada</li> <li>8. <b>L. 222/95, Art. 23 num. 6º</b> Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el derecho de inspección de todos ellos.</li> <li>9. <b>L. 222/95, Art. 23 num 7º</b> Abstenerse de participar en actividades que implique competencia o conflicto de interés con la sociedad</li> <li>10. <b>L. 256/96, Art 7º</b> Definición de competencia desleal</li> <li>11. <b>Resolución Superintendencia de Valores 1200/95 art. 1.1.1.1, literal b)</b></li> </ol>

<p><b>DEBER DE DILIGENCIA DE UN BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS</b></p>	<p><b>1. C. Co., arts. 31 y 33.</b> Matricular a la sociedad en el registro mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura de constitución y renovar anualmente la matrícula en los tres primeros meses de cada año</p> <p><b>2. C. Co, art. 19, num. 2º</b> Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la Ley exija esa formalidad</p> <p><b>3. C. Co, art. 19, num. 3º</b> Llevar la contabilidad conforme a las prescripciones legales</p> <p><b>4. C. Co., art. 181 y 182</b> Convocar a reuniones extraordinarias a la asamblea de accionistas o a la junta de socios cuando sea necesario o cuando lo solicite un número de asociados representantes de la cuarta parte o más del capital social</p> <p><b>5. C. Co., art. 437.</b> Convocar a la junta directiva cuando sea necesario o conveniente</p> <p><b>6. C.Co. arts. 230, 238 - L. 222/95, arts. 45 y 46.</b> Rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en que se retiren de su cargo y cuando las exija el órgano competente para ello</p> <p><b>7. C. Co., art. 28, num. 9º.</b> Inscribir en el registro mercantil la constitución, adiciones o reformas estatutarias de la sociedad y la designación y remoción de representantes legales y liquidadores.</p> <p><b>8. L. 222/95, art. 88</b> Pagar anualmente la contribución de sostenimiento a la Superintendencia de Sociedades, cuando se trate de sociedades vigiladas o controladas por esta entidad</p> <p><b>9. C.Co.; art 224</b> Abstenciones a los administradores en caso que la sociedad entre en cesación de pagos.</p> <p><b>10. L. 222/95, Art. 23 num. 1º</b> Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social</p> <p><b>11. L. 222/95, Art. 23 num. 2º</b> Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias</p> <p><b>12. L. 222/95, Art. 23 num. 3º</b> Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal</p> <p><b>13. L. 222/95, Art. 6º</b> En el proceso de escisión, debe poner a disposición de los acreedores de deudas anteriores al aviso del acuerdo de escisión, para que ejerzan el derecho de oposición o pidan garantías.</p> <p><b>14. Decreto Reglamentario 2649/93, Art 114</b> Reglamentos sobre los Estados financieros</p>
---	---



## 14.6 JUNTA O CONSEJO DIRECTIVO

Por expresa disposición legal, *los miembros de juntas o consejos directivos* son administradores. La gestión administrativa de las sociedades por acciones (tipo social que en su mayoría adoptan las sociedades de economía mixta), está a cargo de los miembros de la junta elegidos por la Asamblea General de acuerdo con lo establecido por el artículo 198 del Código de Comercio<sup>433</sup>.

En las sociedades de economía mixta estos administradores no son elegidos directa y exclusivamente por la Asamblea, sino además de ésta la entidad pública nombra sus representantes, por lo cual no todos los administradores se encuentran en las mismas condiciones<sup>434</sup>, y mientras para los administradores de los accionistas rigen las Leyes privadas mercantiles, para los funcionarios del sector público, además del derecho común que no se contrapone a disposiciones especiales<sup>435</sup>, existen una serie de normas particulares que reglamentan sus funciones, en razón de la calidad que tiene de ser representantes de las entidades de derecho público<sup>436</sup>.

**14.6.1 Elección de los miembros de la junta directiva.** El artículo 420 del código de comercio, establece dentro de las funciones de la Asamblea General de Accionistas: *“5º Elegir y remover libremente los funcionarios cuya designación le corresponda”*; la regla general es que a la asamblea general o junta de socios le corresponde elegir los miembros de la junta directiva, mediante el sistema de

---

<sup>433</sup> CÓDIGO DE COMERCIO Art. 198 *“...los encargados de las mismas serán elegidos por la asamblea o por la junta de socios, con sujeción a lo prescrito en las Leyes y en el contrato social. La elección podrá delegarse por disposición expresa de los estatutos en juntas directivas elegidas por la asamblea”*

<sup>434</sup> En esta misma obra véase numeral 14.5.1

<sup>435</sup> CÓDIGO DE COMERCIO art. 468: *“En lo no previsto en los artículos precedentes y en otras disposiciones de carácter legal, se aplicarán a las sociedades de economía mixta, y en cuanto fueren compatibles, las demás reglas del presente libro”*.

<sup>436</sup> MEDINA TORRES, Adda. Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958

cuociente electoral, establecido en el artículo 197 del código<sup>437</sup>

Instituido constitucionalmente en el artículo 263 de la Constitución Política, para “asegurar la representación proporcional de los partidos”, el sistema de cuociente electoral rige también en materia societaria en la elección de dos o más personas por parte de la asamblea o junta de socios. La finalidad del sistema de elección por cuociente electoral es “garantizarles a las minorías una participación más efectiva en la toma de decisiones en las sociedades a través del aseguramiento de su representación en los órganos sociales”<sup>438</sup>.

Sólo en el evento en que “las vacantes se provean por unanimidad”, se puede prescindir del sistema de cuociente electoral. Es el único caso que legalmente permite la realización de elecciones parciales; si no se consigue la unanimidad se volverá de nuevo a la aplicación de la regla general.

Tratándose de los administradores que representan al sector estatal, la reglamentación sobre su nombramiento es diferente. Doctrinariamente se han esbozado distintos sistemas al respecto<sup>439</sup>:

1º Tales funcionarios deben ser nombrados por la asamblea general de accionistas de una lista presentada por la persona pública asociada, con el fin de respetar las disposiciones legales ya establecidas.

---

<sup>437</sup> CÓDIGO DE COMERCIO art. 197. “ Siempre que las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema del cuociente electoral. Este se determinará dividiendo el número total de los votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido mayor número de votos y así en orden descendente. De cada lista se declararán elegidos tantos nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma, y si quedaren puestos por proveer, éstos no corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente. En caso de empate decidirá la suerte. Los votos en blanco sólo se computarán para determinar el cuociente electoral. Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos de la misma lista”.

<sup>438</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

<sup>439</sup> MEDINA TORRES, Adda. Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958

2º El gobierno tiene el derecho de reservarse un cantidad de puestos dentro de la junta; tal es el caso de la legislación francesa que en el Decreto 2264/46 *sobre estatutos de los administradores*.

3º Cuando la entidad pública tenga una participación en la sociedad, sea ésta predominante o no, el acto constitutivo puede conferirle la facultad de nombrar uno o varios administradores, con derechos y obligaciones idénticos a los nombrados por la asamblea de accionistas, pero revocables solamente por la entidad pública<sup>440</sup>.

Con base en las distintas tesis, se podrían tener en cuenta ingredientes de cada una para llegar a una más equitativa para ambas partes, pública y privada. El nombramiento de los administradores representantes de la entidad pública, debe ser indiscutiblemente potestad del Estado, con el objeto de salvaguardar el interés social que éste persigue y que en cierto modo se vería obstaculizado por los particulares en caso que éstos intervinieran en la decisión. Sin embargo, ésta prerrogativa no debe llevarse a asegurar una cantidad de puestos predeterminados pues se estaría violando el derecho de los accionistas privados en la administración de la sociedad.

En la legislación colombiana, la Ley 489 de 1998 en el artículo 99 sobre la *Representación de las acciones de la Nación y de las entidades públicas*, dispone: “La representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una sociedad de economía mixta corresponde al Ministro o Jefe de departamento administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha sociedad”. A su vez respecto de las funciones del ministro, el artículo 61 señala: “Son funciones de los ministros, además de las que le señalan la Constitución Política y las disposiciones legales especiales, las siguientes: b) Participar en la orientación, coordinación y control de las superintendencias, entidades descentralizadas y

---

<sup>440</sup> CÓDIGO CIVIL ITALIANO Artículo 2458

sociedades de economía mixta, adscritas o vinculadas a su Despacho, conforme a las Leyes y a los respectivos estatutos”.

En el mismo sentido, el artículo 13 del Decreto 3130 de 1968<sup>441</sup> disponía sobre *La representación de las acciones de la Nación y de los organismos descentralizados*: “La representación de las acciones que posea la Nación en una sociedad de economía mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha sociedad”<sup>442</sup>, agregando que *“Ésta función sólo podrá ser delegada en el Viceministro o en el Secretario General”*.

Las acciones de la Nación estarán representadas en la junta o consejo directivo por el ministro o jefe de departamento administrativo al que estén vinculadas las sociedades. A su vez, por disposición legal esta función sólo podrá delegarse en el viceministro (Dto. 3130/68 art.13), que entre sus funciones tiene que *“Representar al ministro, cuando éste se lo solicite, en las juntas, consejos u otros cuerpos colegiados a que deba asistir”*<sup>443</sup>

El artículo 462 del código de comercio dispone que *“En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación”*; de tal forma que habría que remitirse al acto de constitución de la sociedad para establecer la forma de integración del órgano directivo.

De todas maneras, y con base en los principios mercantiles que regulan las sociedades anónimas, se pensaría que de acuerdo a la participación en el capital suscrito y pagado de la sociedad, proporcionalmente será integrada la junta o

---

<sup>441</sup> En esta misma obra véase numeral 6.2.1

<sup>442</sup> Concuerta con el Decreto Ley 1050/68 art. 28 *“La representación de las acciones que posea la Nación en una sociedad de economía mixta corresponde al ministro o jefe de departamento administrativo a cuyo Despacho se halle vinculada dicha sociedad”*

<sup>443</sup> LEY 489/98 art.62 literal i)

consejo directivo. Este es el caso de la empresa URRRA S.A., empresa de servicios públicos mixta, constituida como sociedad anónima, que en el artículo 35 de los estatutos establece: *“Los miembros de la junta directiva serán elegidos teniendo en cuenta la representación directamente proporcional de la propiedad accionaria de sus socios”*

Existen sin embargo, normas particulares como el Decreto 0053/53, que consagra a favor de la entidad estatal *“la prerrogativa de asignarse la representación mayoritaria en las juntas directivas de las entidades cuyas obligaciones internas o externas garantice el Gobierno”*<sup>444</sup>.

La expresión *“asignarse la representación mayoritaria”*, sería aceptable en el caso en que el Estado asumiera una responsabilidad directa e ilimitada por las obligaciones que adquiriera la sociedad, o cuando el aporte estatal es significativo, pero cuando la responsabilidad es limitada a los aportes sociales, sería injusto con los accionistas particulares una imposición de tal magnitud.

El Gobierno Nacional actual además de las disposiciones legales ya mencionadas ha expedido una serie de regulaciones que deben tener en cuenta las entidades del Estado para elegir sus administradores. Tales son el Decreto 1972 de 2002<sup>445</sup> y la Directiva Presidencial No. 10 del 20 de agosto de 2002<sup>446</sup>.

El objetivo de estas medidas es establecer un proceso de selección en las

---

<sup>444</sup>MEDINA TORRES, Adda. Tesis de grado: Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958

<sup>445</sup> El Decreto 1972 de 2002 se refiere específicamente a la elección del representante legal de las Entidades del Estado. Artículo 1º inciso 1º *“El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto”*.

<sup>446</sup> Sorprendentemente en ninguno de los derechos de petición se hizo referencia a tales disposiciones, se limitaban a señalar las normas ya conocidas sobre el tema sin profundizar en el tema de los criterios y parámetros que deben tener presente al momento del nombramiento de los administradores.

entidades públicas con el fin de garantizar el ingreso de personal idóneo a la administración pública y el ascenso de empleados con base en el mérito. Esto mediante mecanismos que aseguren la participación e igualdad de oportunidades para todos aquellos que cumplan con los requisitos para desempeñarse en los cargos a proveer<sup>447</sup>. La Directiva 10 en su acápite 1.1.1 sobre Transparencia e integridad en la gestión señala que:

*“Desde el inicio de este Gobierno se promoverá un espíritu ético como base del comportamiento y las decisiones en la administración pública. Para controlar a los violentos, el Estado tiene que dar ejemplo, derrotar la politiquería y la corrupción. En efecto, el establecimiento de un Estado Comunitario pasa por la creación de la cultura de la buena administración de lo público. A continuación se enumeran los propósitos específicos para cumplir con el objetivo de transparencia e integridad en la gestión, y algunos de los instrumentos más eficaces para lograrlo: a) Manejo gerencial de los recursos humanos: El nombramiento, selección y promoción de funcionarios debe tener como motivación exclusiva el mérito, la competencia y la capacitación idóneos para el cargo al cual se es candidato. Esta regla es de aplicación inmediata en todas las entidades del Estado y, en especial, en cuanto al nombramiento de los directores de las entidades desconcentradas del orden nacional y al proceso de selección de los funcionarios encargados del control interno en cada entidad. Por ningún motivo, y bajo ninguna circunstancia, el nombramiento de funcionarios públicos puede responder a transacciones, presiones o favores de tipo político o económico. Un objetivo primordial de la actual administración es el fortalecimiento de la institucionalidad del Estado colombiano. La regla general de éste deberá ser la meritocracia, la capacitación y el entrenamiento permanentes de sus servidores de nómina”.*

Los propósitos del Gobierno son loables en la medida que intentar dar mayor incidencia y aplicación al principio de transparencia en la gestión administrativa, sin embargo y dada la calidad de las respuestas a los derechos de petición interpuestos por el grupo de tesis referentes a este punto, tales directrices no están siendo practicadas a nivel de las sociedades de economía mixta del nivel nacional. Las respuestas de las entidades se restringen a las normas comunes (Código de

---

<sup>447</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Programa presidencial para la lucha contra la corrupción. Derecho de petición, Ref: 8625

Comercio y Ley 489 de 1998 especialmente) que no reglamentan con profundidad los criterios a tener en cuenta para evaluar la idoneidad, transparencia y capacidad de los administradores. Sólo en el caso de las entidades vinculadas al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se especifica: “Al momento de tomar decisiones sobre el particular se estudiarán para cada caso las correspondientes hojas de vida que determinen la idoneidad de quien se elija”<sup>448</sup> y en las del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que preceptúa: “en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos-; y la función administrativa debe desarrollarse con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y atendiendo el interés general; y conforme a las directivas sobre transparencia de la gestión pública impartidas por el Gobierno Nacional”<sup>449</sup>.

14.6.1.1 Régimen en las sociedades de economía mixta asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado. En las sociedades de economía mixta donde el aporte estatal sea superior al 90%, y que de acuerdo con la Ley se rigen bajo el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, la elección de los miembros de la junta directiva se regirá “por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos”.<sup>450</sup>

La Ley 489 en su artículo 73, respecto a la *integración del consejo directivo de los establecimientos públicos* prescribe: “Los consejos directivos de los establecimientos públicos se integrarán en la forma que determine el respectivo acto de creación”, y en el artículo 75 sobre *los delegados oficiales ante los consejos directivos*, dispone: “los ministros y directores de Departamento

---

<sup>448</sup> MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Derecho de Petición Ref: 04384

<sup>449</sup> MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Derecho de Petición Ref: 1-2003-008388

<sup>450</sup> LEY 489/98, art.89, inc.1º “La *integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente Ley*”.

Administrativo y demás autoridades nacionales que puedan acreditar delegados suyos para formar parte de consejos directivos de establecimientos públicos, lo harán designando funcionarios del nivel Directivo o Asesor de sus correspondientes reparticiones administrativas o de organismos adscritos o vinculados a su Despacho". Tal es el caso del **BanEstado**, sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, *mientras exista una participación del Estado superior al 90% en su capital social*<sup>451</sup>, cuya junta directiva está integrada así: un representante del Presidente de la República y dos (2) representantes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, designados por el ministro.

Similar es el caso de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana CIAC S.A., cuya junta directiva está conformada por cinco miembros así: el Ministro de Defensa o su delegado, dos miembros nombrados por el Gobierno Nacional y dos miembros elegidos por la Asamblea General de accionistas; y el de Artesanías de Colombia S.A. cuya junta directiva está compuesta por: la secretaria general del Ministerio de Desarrollo Económico, dos representantes del Presidente de la República, y cuatro, elegidos por la asamblea general de accionistas.

Es más práctico y eficiente el régimen de representación en las juntas directivas del sector oficial en las sociedades de economía con aporte estatal mayor al 90% del capital social, que en las que se rigen bajo el sistema propio de este tipo de sociedades. Es decir, el ministro o jefe de departamento administrativo al que la sociedad esté vinculada, elige sus delegados teniendo en cuenta su capacidad, profesionalismo, experiencia en el sector, etc, quienes representarían al sector público dentro de la junta; de esta forma se cumplirían prolijamente los deberes y exigencias legales para la gestión administrativa en una sociedad.

---

<sup>451</sup> Estatutos del Banco del Estado; Dtos. 966/88, 342/92, 856/95 y 953/98



**14.6.2 Composición y Tamaño de la junta o consejo directivo.** Algunas legislaciones exigen ciertas condiciones para desempeñar el cargo de administrador de una sociedad de economía mixta en representación del sector público. Tal es el caso de la legislación argentina que en la Ley 12962 (Decreto-Ley 15349/46) (v. Ley 19550, art 389 de Sociedades) art. 7º preceptúa que *“El presidente de la sociedad, el síndico y por lo menos un tercio del número de los directores que se fije por los estatutos, representarán a la administración pública y serán nombrados por ésta, debiendo ser argentinos nativos”*, así para ser administrador o director de una sociedad de economía mixta, en representación del poder estatal, se debe tener la condición de “argentino nativo”, requisito que no se exige para los administradores privados.

En la legislación francesa, a los representantes estatales les exigen serias garantías de competencia, a fin de evitar la intromisión política de dichas entidades<sup>452</sup>.

En la legislación colombiana, no existe disposición legal alguna que exija calidades especiales para ser miembro de una junta directiva, salvo en el caso de los integrantes de las juntas directivas de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, quienes deben *“tener experiencia en el sector financiero y reunir las condiciones profesional y personal establecidas para los administradores y representantes legales”*<sup>453</sup>.

Aunque la Ley no lo señale expresamente, es necesario con el fin de cumplir con una buena gestión y aplicando los deberes legales requeridos a los administradores, “que al fijar la composición de la junta se tenga en cuenta las calidades y la experiencia comercial de los miembros individualmente considerados y la combinación de conocimientos que permitan hacer de la junta un

---

<sup>452</sup> MEDINA TORRES, Adda. Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958

<sup>453</sup> SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto 223-67

organismo eficiente en el monitoreo independiente de la administración”<sup>454</sup>. Esta recomendación es aún más pertinente en las sociedades de economía mixta en que además del interés particular, esta en juego el interés de toda la colectividad.

El artículo 435 del código de comercio, señala una prohibición que condicionaría la calidad de un determinado miembro de la junta y es que *“no podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil...”*. Esta norma se aplica en las sociedades de economía mixta, en el evento en que el representante del Estado tenga relaciones de parentesco de las señaladas en la Ley con algún miembro del sector privado, el primero tendrá que declararse impedido, o el segundo abstenerse de ser miembro de la junta. De otra forma, la junta *“no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior...”*<sup>455</sup>. Además, los administradores del sector público estarán regidos bajo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalado en la constitución y la Ley para los servidores públicos en general.

Aparte de las calidades propias de cada uno de los integrantes que componen la junta directiva, la Ley dispone un número no menor a tres (3) miembros como requisito mínimo<sup>456</sup>. El tamaño de las juntas *“debe ser el requerido para garantizar el cumplimiento de sus objetivos y, para tal fin, debe contar con suficientes miembros con conocimientos en las diferentes áreas que les permitan el funcionamiento efectivo en términos de discusión y toma de decisiones”*<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

<sup>455</sup> CÓDIGO DE COMERCIO art 435

<sup>456</sup> CÓDIGO DE COMERCIO; art. 434 *“Las atribuciones de la junta se expresarán en los estatutos. Dicha junta se integrará con no menos de tres miembros, y cada uno de ellos tendrá un suplente. A falta de estipulación expresa los suplentes serán numéricos”*.

<sup>457</sup> CÁMARA DE COMERCIO. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997.

El número de miembros debe ser determinado, no se puede simplemente disponer un mínimo y un máximo, para que se precise en cada elección de este órgano el número de personas que va a tener la junta en el periodo siguiente<sup>458</sup>, sería principalmente perjudicial para los accionistas minoritarios, quienes vería amenazados sus derechos de representación en la dirección de la sociedad.

**14.6.3 Inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva.** Los miembros de la junta directiva no deben estar en curso de alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Ley.

La inhabilidad afecta la capacidad de la persona para desempeñarse en determinados actos, actividades o funciones. Se trata en realidad de una prohibición que la Ley impone a determinadas personas.<sup>459</sup>

La incompatibilidad, también afecta la capacidad de la persona, pero se diferencia de la inhabilidad, ya que tiene un fundamento ético, y la Ley la consagra en vista de relaciones inconciliables o que puedan afectar la libertad o desempeño de un cargo o función.<sup>460</sup> La diferencia se centra entonces, en razón de la existencia de una vinculación con otra persona o actividad en el caso de la incompatibilidad, y en una incapacidad propia de la persona en la inhabilidad.

Cuando un miembro de la junta directiva este en curso de una causal de inhabilidad o incompatibilidad, debe ser removido, para lo cual se debe convocar a la Asamblea para su remoción<sup>461</sup>.

Para los miembros de las Juntas o Consejos directivos en las sociedades de economía mixta con un porcentaje menor al 90%, según doctrina de la

---

<sup>458</sup> GÓMEZ, Juan Carlos. Tesis: La Sociedad Anónima. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1990

<sup>459</sup> VILLEGAS, Carlos. Derecho de las sociedades comerciales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993

<sup>460</sup> *Ibidem*, p. 442

<sup>461</sup> En esta misma obra véase numeral 14.6.6

Superintendencia de Sociedades<sup>462</sup>, se aplican las regulaciones contenidas en el Código de Comercio y en los estatutos propios de la sociedad. Sin embargo, este planteamiento es inexacto para los miembros de la junta que son representantes del Estado, porque existen ciertas prohibiciones en el régimen privado que no tendrían aplicación en tales servidores públicos.

Entre las prohibiciones establecidas en el código de comercio para los miembros de la Junta o Consejo directivo están:

1º (Art. 202) *“En las sociedades por acciones, ninguna persona podrá ser designada, ni ejercer en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas”*. Por expresa disposición legal<sup>463</sup>, la representación de las acciones del Estado están en cabeza del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada la sociedad, de tal forma que se trata de una norma especial para las sociedades de economía mixta, y por tanto se aplica preferentemente al régimen mercantil<sup>464</sup>

2º (Art. 435) *No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades conocidas como de familia*. Esta prohibición también rige para los miembros de la Junta o Consejo de una sociedad de economía mixta con igual o mayor porcentaje de participación estatal al noventa por ciento (90%).

---

<sup>462</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Concepto No. 220-74263 *“...si las normas especiales para las sociedades de economía mixta con aporte de la Nación inferior al 90% del capital social, no prevén inhabilidad alguna respecto de sus miembros de junta directiva, dichas sociedades se regirán por las reglas del derecho privado. salvo las excepciones consagradas en la Ley. En ese orden de ideas, para determinar las inhabilidades de los miembros de la junta directiva en una sociedad de economía mixta, cuya participación de la Nación sea inferior al 90% del capital social, habrá de estarse, para el efecto, a lo dispuesto en el Código de Comercio y en los estatutos de la sociedad.*

<sup>463</sup> En esta misma obra véase numeral 14.6.1

<sup>464</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 468 *“En lo no previsto en los artículos precedentes y en otras disposiciones especiales de carácter legal, se aplicarán a las sociedades de economía mixta, y en cuanto fueren compatibles, las demás reglas del presente libro”*

3º Las prohibiciones propias derivadas de los deberes generales y específicos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, como son: *“num. 5º Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada, num. 7º Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de interés”*<sup>465</sup>.

4º (Art. 185 C.Co.) *Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios, acciones distintas de las propias, mientras están en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que le confieren.*

14.6.3.1 Accionista miembro de la junta directiva. Esta última prohibición nos conduce indirectamente a tratar el caso eventual en que los miembros de la Junta sean a su vez accionistas de la misma sociedad. La legislación comercial no impone a la asamblea general de accionistas la obligación de designar a sus accionistas como administradores, pero tampoco, prohíbe que los mismos actúen en dicha calidad, salvo que el contrato social disponga una restricción en uno u otro sentido. (artículo 197 del Código de Comercio)<sup>466</sup>.

Debido a que no existe disposición legal alguna que prohíba expresamente el evento en que un accionista pueda ser designado como miembro de la junta directiva, quedará en manos de la autonomía de la voluntad privada de la sociedad, el considerar este evento como prohibición o no, estipulada en los estatutos.

En cuanto a los representantes del sector público, si éstos son a su vez accionistas de la sociedad, algunas legislaciones determinan este evento como

---

<sup>465</sup> En esta misma obra véase numeral 14.5.2.7

<sup>466</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-21505

incompatibilidad porque sostienen “que es peligroso que los representantes de las colectividades públicas sean accionistas de la misma compañía”<sup>467</sup>. En otras por el contrario, creen que es “conveniente vincular el interés directo y personal del administrador al funcionamiento de la sociedad a fin que éste ponga mayor diligencia en el desempeño del cargo”<sup>468</sup>.

Este evento podría de alguna forma crear una situación de conflicto de interés, en donde el desempeño del funcionario público se encaminaría más a incrementar el lucro del capital privado, antes de perseguir el interés del Estado, que es el interés de la colectividad.

14.6.3.2 Sociedades de economía mixta asimiladas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades varía de acuerdo a la participación del Estado en el capital social de la empresa, ya sea igual o mayor al noventa por ciento (90%)<sup>469</sup> o inferior a éste porcentaje<sup>470</sup>.

El Código Disciplinario Único que derogó el Decreto 128 de 1976 se aplica a los servidores públicos<sup>471</sup> entre las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los miembros de la Junta o Consejo Directivo están:

---

<sup>467</sup> MEDINA TORRES, Adda. Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958

<sup>468</sup> MEDINA TORRES, Adda. Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958

<sup>469</sup> LEY. 489/98 art.102 “Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las **sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social** y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”

<sup>470</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 461 inc.2º “Las sociedades de economía mixta se sujetarán a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”

<sup>471</sup> Ley 734 de 2002 Art. 25 “Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código”.

*Artículo 36. Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.*

*Artículo 37. Inhabilidades sobrevinientes. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.*

*Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:*

*1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.*

*2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.*

*3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.*

*4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.*

*Artículo 39. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:*

*1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:*

*a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;*

*b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.*

*2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.*

Como desarrollo del deber de lealtad, el Código Disciplinario Único frente a las situaciones donde se presenten conflicto de interés la Ley regula:

*Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*

*Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.*

Por último, en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en concordancia con la Ley 734/02 artículo 41, *“Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la Ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal”.*

**14.6.4 Funciones de la Junta o Consejo directivo.** La junta directiva se encarga de la administración o gestión en lo que se refiere a todo cuanto afecte a la vida interna de la empresa. Principalmente sus funciones se encaminan en la gestión económica de la sociedad, en implantar la política que la compañía debe adoptar para su desarrollo económico, comercial y financiero.



Su atribuciones deben señalarse en los estatutos de la sociedad, tal como lo exige el artículo 434 del código de comercio: *“Las atribuciones de la Junta Directiva se expresarán en los estatutos”* y supletivamente el artículo 438 señala que: *“Salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines”*.

Frente a lo dispuesto en el artículo 438, hay que precisar que la capacidad de la sociedad y por ende de la administración de ésta en cabeza de la Junta directiva, se *circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social*

472

Las atribuciones de la junta directiva pueden ser amplias o restringidas de acuerdo a lo que se convenga en los estatutos. Es siempre recomendable que tales facultades estén determinadas para efectos de la responsabilidad ante los socios, la sociedad y terceros involucrados.<sup>473</sup>

Además de las atribuciones generales propias de la administración de una sociedad, el código de comercio ha establecido ciertas funciones especiales a los miembros de la Junta:

“1º (Art. 385) Las acciones no suscritas en el acto de constitución y las emitidas posteriormente por la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento de suscripción. Con excepción de las acciones privilegiadas y de goce, a falta de norma estatutaria expresa, *corresponderá a la junta directiva aprobar el reglamento de suscripción.*”

2º (Art. 402) En los casos de hurto o robo de un título nominativo, la sociedad lo sustituirá entregándole un duplicado al propietario que aparezca inscrito

---

<sup>472</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 99 *“La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”*.

<sup>473</sup> En esta misma obra véase Capítulo XV

en el registro de acciones, comprobando el hecho ante los administradores, y en todo caso, presentando la copia auténtica del denuncia penal correspondiente. *Cuando el accionista solicite un duplicado por pérdida del título, dará la garantía que le exija la junta directiva.*

3º (Art. 403) Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes: *3º Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general.*

4º (Art. 404) Los administradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y *con autorización de la junta directiva*, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

5º (Art. 423) Las reuniones extraordinarias de la asamblea se efectuarán cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, *por convocación de la junta directiva*, del representante legal o del revisor fiscal.

6º (Art. 440) La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal con uno o más suplentes, *designados por la junta directiva* para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo<sup>474</sup>.

7º (Art. 446) La junta directiva y el representante legal presentarán a la asamblea, para su aprobación o improbación, el balance de cada ejercicio, acompañado de los siguientes documentos”

La Ley 222 de 1995, prevé igualmente ciertas funciones a la Junta directiva, tales como:

1º (Art. 62) El reglamento de suscripción de acciones con dividendo preferencial y si derecho a voto deberá ser aprobado por la asamblea general de accionistas, salvo que ésta, al disponer la emisión, *delegue tal atribución a la junta directiva.*

14.6.4.1 Sociedades de economía mixta asimiladas a las Empresas industriales y comerciales del Estado. En cuanto a las sociedades de economía mixta con aporte estatal mayor al noventa por ciento (90%) que se encuentran por disposición legal bajo el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, la junta directiva debe:

---

<sup>474</sup> En esta misma obra véase numeral 14.10.2

*“1º Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas que, conforma a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo;*

*2º Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos introduzca;*

*3º Aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo; y*

*4º Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada”<sup>475</sup>*

**14.6.5 Período de los miembros de la Junta o Consejo directivo.** El cargo de los miembros de la Junta o Consejo directivo es temporal, y su período debe estar determinado en los estatutos de la sociedad. El artículo 198 inciso 2º del código de comercio referente a la elección de los miembros de la junta directiva, dispone que: *“Las elecciones se harán para los períodos determinados en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados libremente en cualquier tiempo”<sup>476</sup>.*

En el ordenamiento jurídico Argentino, el legislador fue más específico al preceptuar que “su designación debe hacerse por tiempo cierto y determinado que no excederá de tres años”<sup>477</sup>

En las sociedades de economía mixta, esta temporalidad adquiere un mayor grado de importancia porque están de por medio además de los intereses de los accionistas privados, el interés principal de toda la colectividad. La necesidad de especificar el período de los administradores, es presupuesto para asegurar una gestión administrativa adecuada.

---

<sup>475</sup> LEY 489/98, art. 90

<sup>476</sup> Concuenda con lo dispuesto en el artículo 435 del código de comercio: *“Los principales y suplentes de la junta serán elegidos por la asamblea general, para períodos determinados y por cuociente electoral, sin perjuicio de que puedan ser reelegidos o removidos libremente por la misma asamblea”*

<sup>477</sup> MEDINA TORRES, Adda. *Apuntes sobre sociedades de economía mixta*. Bogotá, 1958

La Ley mercantil consecuentemente prohíbe la irrevocabilidad de los miembros de la junta directiva, *“se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por juntas distintas de las comunes”*<sup>478</sup>. Sin embargo esta disposición no impide que los miembros de la junta directiva puedan ser reelegidos por el mismo órgano máximo.

En ese sentido la Superintendencia de Sociedades en concepto 220-27203 en referencia a la *elección y remoción de la junta directiva*, señaló que:

*“2.- De conformidad con el ordinal 4 del artículo 420 ibídem, es función de los máximos órganos sociales de las compañías, elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponde, entre los cuales se encuentran los miembros principales y suplentes de la Junta Directiva, quienes deben ser elegidos por un período determinado y por el sistema de cuociente electoral. Así mismo es preciso indicar que “se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores ...o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas a las comunes” (artículo 198 ejusdem.).*

*3.- Lo anterior no obsta para que a los administradores de la compañía, en este caso los miembros de la junta directiva, les sea revocada en cualquier momento su elección o que sean reelegidos en sus cargos, conforme lo dispuesto en los artículos 198, 199 y 476 de la legislación mercantil”.*

La reelección de la junta directiva se predica tanto para los representantes del sector privado, a manos de la asamblea general de accionistas, como del sector público, dependiendo *“única y exclusivamente de la voluntad de la persona pública que representan, la cual les permita el desempeño de sus funciones durante el tiempo que estime conveniente”*.<sup>479</sup>

La sociedad de economía mixta Artesanías de Colombia, en el párrafo del

---

<sup>478</sup> CÓDIGO DE COMERCIO; art. 198 inc 3º

<sup>479</sup> MEDINA TORRES, Adda. Tesis de grado: Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958

artículo 24 de los estatutos, establece que: *“El período de los cuatro (4) miembros elegidos por la Asamblea General, será de un (1) año, pero podrán ser reelegidos indefinidamente”*. Asimismo, los estatutos de FINAGRO en el artículo 33 señala: *“El representante principal de los accionistas en la Junta Directiva de FINAGRO, distinto al Presidente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, será elegido por la asamblea general de accionistas por mayoría absoluta de los votos emitidos por los accionistas distintos de la Nación y de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para períodos de dos (2) años, y podrá ser reelegido para períodos subsiguientes”*.

**14.6.6 Remoción de los miembros de la Junta o Consejo directivo.** Por regla general así como la asamblea general tiene la potestad de elegir a los miembros de la junta directiva, ésta misma puede removerlos libremente en cualquier tiempo<sup>480</sup>. El artículo 436 del código de comercio dispone que: *“Los principales y suplentes de la junta serán elegidos por la asamblea general...sin perjuicio de que puedan ser reelegidos o removidos libremente por la misma asamblea”*

La Superintendencia de sociedades en concepto 220-27203 señaló que: *“ 6.- En el caso concreto de la junta Directiva, su elección o remoción le corresponde realizarla única y exclusivamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios, órgano que está en la obligación de velar porque dicho procedimiento se lleve a cabo dentro de los parámetros establecidos para tal efecto”*.

En desarrollo del artículo 425 del código de comercio<sup>481</sup>, la Superintendencia de sociedades ha establecido que la remoción de cualquiera de los administradores

---

<sup>480</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 198 inc. 2º *“Las elecciones se harán para los períodos determinados en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados libremente en cualquier tiempo”*

<sup>481</sup> CÓDIGO DE COMERCIO; art. 425 *“La asamblea extraordinaria no podrá decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado. Pero por decisión del sesenta por ciento de las acciones representadas podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día, y en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda”*.

(dentro de los cuales se incluyen los miembros de la junta directiva), se entiende implícita en la convocatoria de cualquier reunión de la asamblea o junta de socios sin necesidad de que dicha actividad se hay consignado dentro de los puntos del temario para tratar en la correspondiente sesión.<sup>482</sup>

La Superintendencia de sociedades también tiene la potestad para remover eventualmente a los administradores, pero sólo en las sociedades que se encuentren bajo el grado de control de este órgano administrativo. En concordancia con el artículo 85 numeral 4º de la Ley 222 de 1995, “En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades expresadas en los artículos anteriores, las siguientes: 4º) *Ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten*”.

En el caso de las sociedades de economía mixta, el régimen sobre la remoción de los miembros de la junta directiva es discutible para los designados por el sector público. Al respecto existen tres tesis:

1º Esta facultad es propia de la asamblea general como supremo órgano legislativo de la sociedad, derecho que es ilimitado en vista que tiene por fin la protección no solamente de los intereses de la empresa sino de todos los accionistas, por lo cual las Leyes mercantiles le han otorgado privativamente esta función.

2º Esta facultad es de las entidades que los han elegido, las cuales pueden separar a sus designados en cualquier momento de la gestión social.

3º Una intermedia que busca resolver el problema en el sentido de que los administradores públicos pueden ser separados de las funciones sociales por la

---

<sup>482</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas? Conozca sus responsabilidades. Bogotá 1997, p. 7

asamblea general de accionistas, pero con la aprobación de la entidad de derecho público asociada.<sup>483</sup>

Entre las tesis expuestas la más adecuada es la segunda en la que la potestad de revocar al administrador del sector público es privativa de la entidad que lo ha designado. Si el Estado tiene participación en una compañía es a él quien le corresponde nombrar y remover libremente a sus representantes, ya que nadie puede limitarle el derecho de velar por sus intereses que son los de la colectividad.<sup>484</sup>

En este sentido y en referencia sólo a los miembros de la junta directiva elegidos por la Asamblea General, la sociedad de economía mixta indirecta de orden nacional vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público Central de Inversiones S.A. en el artículo 28 de sus estatutos, estipula que: *“La Junta podrá ser removida libremente por la Asamblea General, en cualquier momento; pero salvo que se obre por unanimidad, no podrán hacerse renovaciones simplemente parciales o de suplentes sin proceder a una nueva elección de unos y otros en su totalidad”*. Asimismo la sociedad de economía mixta Corporación de la Industria Aeronáutica CIAC S.A. en sus estatutos señala que: *“Los dos miembros de la Junta elegidos por la Asamblea General de accionistas serán nombrados y removidos libremente y a sus respectivos suplentes”*

En las legislaciones italiana y francesa disponen la facultad de remoción de los administradores del sector público al Estado. El artículo 2485 del código civil italiano dispone que: *“en el caso de que la entidad estatal tenga participación en las sociedades por acciones, el acto constitutivo puede conferirle la facultad de normar a sus administradores, los cuales no pueden ser removidos sino por la persona de derecho público que los ha elegido”*.

---

<sup>483</sup> MEDINA TORRES, Adda. Tesis de grado: Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958. p. 58

<sup>484</sup> Ibidem, p. 58

En la legislación colombiana, el ministro o su delegado que tienen la representación de las acciones del Estado en la sociedad de economía mixta adscrita a su entidad, sólo podrán ser removidos por quien los han elegido. En conformidad con la Constitución Política de Colombia, en su artículo 189 numeral 1º: *“Corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: 1) Nombrar y separar libremente a los ministros del despacho y a los directores de departamentos administrativos”*

**14.6.7 Remuneración de los miembros de la Junta o Consejo Directivo.** Los honorarios de los miembros de la junta directiva están por regla general estipulados en los estatutos, el monto, periodicidad, modo y condiciones de adquirirlos etc. La fijación de la cuantía y de la forma de remuneración es facultad de la asamblea general de accionistas.

En la legislación argentina las funciones de los administradores son remuneradas si en los estatutos no se dispone otra cosa. El común denominador es que en los estatutos sociales se reconozca además de un sueldo fijo, un porcentaje a favor de quienes desempeñan los cargos de dirección y administración de la compañía<sup>485</sup>.

Este sistema manejado en Argentina podría tener sus ventajas y desventajas. Desde una primera percepción, habría un cierto conflicto de interés en los miembros representantes del sector público, entre lo que realmente busca la entidad estatal que es la realización del interés público, el cual pasaría a un plano secundario para priorizar el lucro del capital privado; o, desde un punto de vista diferente, tal incentivo económico representa un mayor aliciente para los administradores de la sociedad, lo cual conllevaría a un mejor desempeño en sus funciones.

---

<sup>485</sup> MEDINA TORRES, Adda. Tesis de grado: Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958



En el caso de las sociedades de economía mixta, el Decreto 1486 de 1999 *“Por el cual se reglamenta el literal f) artículo 19 de la Ley 4ª de 1992; el artículo 13 del Decreto-Ley 128 de 1976 y el artículo 6º ordinal 14 del Decreto 1133 de 1999, relacionados con los miembros de las Juntas o Consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden nacional”*, establece dos sistemas distintos dependiendo si se trata de una sociedad de economía mixta bajo el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado o aquellas en las cuales la Nación tenga participación mayoritaria, o las otras.

En las sociedades de economía mixta en las cuales la Nación no tiene participación mayoritaria, el artículo 3º del Decreto dispone: *“Los honorarios de los miembros de las juntas de socios o consejos directivos de las sociedades de economía mixta y de las sociedades a las cuales no se aplique el artículo primero, serán fijados por las respectivas asambleas de accionistas o juntas de socios”*. En este tipo de sociedades prima el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada sobre el interés del Estado, por su baja participación accionaria dentro de la compañía.

14.6.7.1 Sociedades de economía mixta asimiladas a las Empresas industriales y comerciales del Estado. Para las sociedades de economía mixta asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado el artículo 1º del Decreto dispone que: *“...los honorarios de los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta asimiladas a éstas, o aquellas en las cuales la Nación tenga participación mayoritaria, serán fijados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”*<sup>486</sup>

---

<sup>486</sup> DECRETO 1486/99 art. 4º *“Para la fijación de los honorarios de los miembros de juntas o consejos directivos, comités o comisiones de las mismas, a que se refieren los artículos anteriores, deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios: 1. Se fijarán por resolución, en salarios mínimos legales vigentes, por sesión. 2. Por las sesiones realizadas en un mismo día, no podrán exceder la asignación salarial diaria del respectivo gerente, director o presidente de la entidad. 3. Por las*

La Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana CIAC S.A., sociedad de economía mixta con aportes estatales superiores al noventa por ciento, dispone en sus estatutos que: *“Los miembros de la junta directiva podrán recibir honorarios por su asistencia a las sesiones, los cuales estarán a cargo de la entidad...”* En conformidad por lo dispuesto en el Decreto, la remuneración de los miembros de la junta depende de las sesiones que se lleven a cabo.

Tanto para las sociedades con participación estatal mayoritaria o las otras, el artículo 5º del Decreto<sup>487</sup> establece que: *“...los funcionarios públicos no podrán recibir remuneración por más de dos (2) juntas o consejos directivos de que formen parte en virtud de mandato legal o por delegación”*. Esta disposición no constituye prohibición para tales funcionarios de integrar una mayor cantidad de juntas o consejos directivos en sociedades de economía mixta, es una limitante a la remuneración de tales funcionarios por desempeñar estos cargos.

#### **14.7 EL LIQUIDADOR**

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995, le confiere al cargo de liquidador, la investidura de administrador. Según el profesor Narváez, el liquidador es la persona designada para representar a la sociedad que se halla en Estado de disolución y para cumplir las funciones inherentes a ese cargo, de las cuales se destacan las de inventariar y valorar los activos y pasivos del patrimonio social, pagar las deudas a terceros y repartir a los asociados el remanente o saldo neto, rendir cuentas y registrar el acta final de liquidación<sup>488</sup>. Frente a esta definición hay

---

*reuniones de juntas o consejos directivos no presenciales, se pagará la mitad de los honorarios establecidos.*

<sup>487</sup> El artículo 5º del Decreto es desarrollo del literal f) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992. *“Art. 19 Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresa o de institución en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones: f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas”*.

<sup>488</sup> NARVÁEZ, José Ignacio. Teoría General de las sociedades. Bogotá: Legis, 1997

que hacer una precisión entre disolución y liquidación. La primera es el “hecho que marca el fin de la plenitud jurídica de la sociedad, la terminación de las relaciones vinculantes en que sea sujeto”<sup>489</sup>, y la liquidación “es el Estado legal en que queda la sociedad después que sobreviene el hecho de la disolución”<sup>490</sup>, por tanto, no se trata de representar a la sociedad en Estado de disolución, sino en el Estado de liquidación una vez acaecida la causal de disolución.

Las sociedades de economía mixta, tratándose de sociedades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza<sup>491</sup>.

**14.7.1 Causales de disolución.** Las causales de disolución prescritas en el código de comercio, pueden ser *generales*, si se aplican todos los tipos sociales, o *especiales*, que sólo se aplican a ciertos tipos en particular. Respecto a estas últimas nos referiremos a las aplicables a las sociedades anónimas.

14.7.1.1 Causales de disolución generales. El artículo 218 del código de comercio, consagra las causales generales de disolución:

*1ª Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración.* El acaecimiento de esta causal produce la disolución de la sociedad ipso iure, es decir inmediatamente, sin necesidad de realizar un requisito adicional. Al respecto la superintendencia de sociedades en oficio EL-0645, señaló: “La sociedad, una vez vencido el término de duración previsto en el contrato, sin que se hubiere prorrogado válidamente antes de su expiración, queda disuelta inmediatamente, es decir, por ministerio de la Ley, ya que se hace innecesaria cualquier formalidad posterior para que produzca la

---

<sup>489</sup> REYES VILLAMIZAR, Franciso. Disolución y liquidación de sociedades. Bogotá: Doctrina y Ley, 1994

<sup>490</sup> *Ibidem*, p 3

<sup>491</sup> LEY 489 art. 52 pár. 2º

plenitud de sus efectos entre los socios y respecto de terceros, pues el ente societario de inmediato entra en el proceso de liquidación del patrimonio social”.

*2ª Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto.* El tratamiento es el mismo para las tres circunstancias de la causal, es decir no operan ipso iure, sino que requieren el cumplimiento de una serie de formalidades orientadas a proteger los intereses de socios y terceros<sup>492</sup>.

*3ª Por la reducción del número de asociados a menos del requerido en la Ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda el límite máximo fijado por la misma Ley.* En el caso de las sociedades anónimas, el estatuto comercial dispone en su artículo 374 que “la sociedad no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”, de manera que si se reduce el número de asociados a menos de cinco, estará la sociedad bajo esta causal de disolución. La Ley no estipula un límite máximo de socios para este tipo social.

*4ª Derogado por la Ley 222 de 1995, arts. 149 y s.s. Liquidación obligatoria.* Es el procedimiento concursal que se tramita ante la superintendencia de sociedades, que reemplazó a la quiebra. A diferencia de la quiebra, la liquidación obligatoria no implica necesariamente la disolución de la sociedad<sup>493</sup>. La sociedad queda disuelta por ministerio de la Ley a partir de la fecha que se fije en la providencia expedida por el organismo estatal.

*5ª Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato.* Es manifestación del principio de autonomía de la voluntad privada, en que las partes libremente pactan causales diferentes a las señaladas en la Ley para dar por

---

<sup>492</sup> REYES VILLAMIZAR, Op.Cit., p 83

<sup>493</sup> Para el Doctor Reyes Villamizar “Mediante este procedimiento, se le da prevalencia al principio de conservación de la empresa, sobre la exclusiva finalidad liquidatoria propia de la quiebra”. Ibídem, p. 93

terminado el contrato. El artículo 110 del código de comercio en su numeral 9º, dispone entre los puntos que debe contener la escritura pública de la sociedad, *“las causales de disolución anticipada de la misma”*.

*6ª Por decisión de los asociadas adoptada conforma a las Leyes y al contrato social.* Es una terminación anticipada de la compañía, y como tal constituye una reforma a los estatutos, que debe ser adoptada por las mayorías legales de cada tipo social. La superintendencia de sociedades en oficio 320-30593, señaló las características principales de esta causal de disolución así: 1) Es una reforma de estatutos; 2) Tiene su origen en la voluntad social; 3) La decisión es constitutiva de la causal; 4) La causal es aplicable a cualquier tipo de sociedad; 5) La determinación puede ser acordada en cualquier momento por el máximo órgano social, siempre que se observe la plenitud de las formalidades legales y estatutarias; 6) El órgano rector puede revocarla en cualquier momento antes de perfeccionada su inscripción en el Registro Mercantil.

*7ª Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las Leyes.* En ciertos eventos cuando el máximo órgano por iniciativa propia no declara la disolución de la sociedad, estando ésta en causal, la superintendencia de sociedades<sup>494</sup> podrá *“decretar la disolución y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la Ley y en los estatutos y adoptar las medidas a que haya lugar”* (L. 222/95 art.84 num.5), siempre y cuando la sociedad se encuentre bajo el grado de vigilancia del organismo estatal<sup>495</sup>. En las sociedades que no están sometidas a la vigilancia de la superintendencia de sociedades, la potestad será del *juez del domicilio social, a solicitud de interesado, si no se ha pactado la cláusula compromisoria*<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> En esta misma obra véase Capítulo IX

<sup>495</sup> Esta disposición se complementa con el artículo 221 del código de comercio: *“En las sociedades sometidas a vigilancia, la Superintendencia de sociedades podrá declarar de oficio o a solicitud de interesado, la disolución de la sociedad cuando ocurra cualquiera de las causales previstas en los ordinales 2º, 3º, 5º y 8º del artículo 218, si los asociados con lo hacen oportunamente”*

<sup>496</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 221 inc.2º

*8ª Por las demás causales establecidas en las Leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este código.* Dentro de esta causal se encuentran las posibles causales de nulidad o ineficacia en que pueda incurrir la sociedad al momento de su conformación.

14.7.1.2 Causales de disolución especiales. Respecto del tipo social de las sociedades anónimas, el artículo 457 del código de comercio, señala dos causales de disolución adicionales a las causales generales:

*1ª (ord. 1º) Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.* Esta causal intenta preservar el patrimonio de la compañía en garantía de los terceros acreedores<sup>497</sup>. La superintendencia de sociedades en oficio 320-30593, ha señalado entre las características de esta causal: 1) No constituye una reforma a los estatutos sociales; 2) Debe ser declarada por el máximo órgano social; 3) En las sociedades anónimas, la causal requiere la configuración del presupuesto fáctico; 4) Configurado el supuesto, el representante legal debe convocar inmediatamente a la asamblea para informarla completa y documentadamente de su ocurrencia, con el fin de lograr la adopción de las medidas tendientes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito o, en su defecto, la declaración de disolución de la sociedad; y 5) Agotados los recursos tendientes al restablecimiento del patrimonio sin que ello fuera posible, la sociedad debe ser liquidada.

*2ª Cuando el noventa y cinco por ciento o más de las acciones suscritas llegue a pertenecer a un solo accionista.* Esta causal que se estipuló con el afán de impedir la concentración del capital en una sola persona, no se aplica en las sociedades de

---

<sup>497</sup> Según el profesor Reyes Villamizar, “se considera en efecto, que más allá de tal límite, la situación de los acreedores sociales puede ser de alto riesgo, dado el deterioro de la prenda común de que disponen para el pago de sus créditos. El porcentaje fijado por el legislador denota claramente la intención de proteger la integridad del capital”. *Ibíd*em p. 111

economía mixta. En el evento en que las acciones de los particulares pasen a una o varias entidades públicas, la sociedad se *transformará* en empresa industrial y comercial del Estado o en sociedad entre entidades públicas, sin solución de continuidad<sup>498</sup>.

14.7.1.3 Causales de la Ley 489 de 1998. De conformidad con el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, el Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38<sup>499</sup> de la misma Ley.

Las razones expuestas en la Ley aunque tienen un matiz discrecional, se pueden objetivizar en las causales establecidas por la Ley mercantil. Tales son:

*1º Cuando los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.* Esta razón consecuencia directa del ordinal segundo del artículo 218 del código de comercio, en que la empresa de la sociedad se agota por diversas circunstancias, perdiendo de esta forma *su razón de ser* dentro de el área en que su actividad se desarrolla. Por esta causal, el Presidente de la República dispuso la liquidación del Banco Central Hipotecario, argumentando que: “en virtud de la cesión de activos, pasivos y contratos del Banco Central Hipotecario a otras entidades financieras públicas, la orden de suspender las operaciones activas y pasivas, la inexistencia de sucursales y agencias y la actual situación que no le permite desarrollar de manera regular la actividad prevista en su objeto social, *los objetivos señalados en el acto de creación del Banco Central Hipotecario han perdido su razón de ser*” (Decreto 20

---

<sup>498</sup> LEY 489/98; art. 101. “cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial o en Sociedad entre entidades públicas. Los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos internos en la forma a que hubiere lugar”.

<sup>499</sup> LEY 489/98; art. 38 num 2º lit. f: “La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 2 (f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta”

de 2001).

*2º cuando los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.*

*3º Cuando las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuada por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.*

*4º Cuando así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control.*

*5º Cuando exista duplicidad de objetivos y/o funciones esenciales con otras entidades.*

*6º Cuando siempre que como consecuencia de la descentralización (o desconcentración)<sup>500</sup> de un servicio, la entidad pierda la respectiva competencia.*

**14.7.2 Nombramiento del liquidador.** Según el parágrafo segundo del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta se rigen por el régimen del código de comercio respecto del proceso liquidatorio, siempre que éste sea *compatible con su naturaleza*. Que sea o no compatible la Ley mercantil con la naturaleza de la sociedad, depende de si está bajo el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, o sea si el aporte estatal es igual o mayor al noventa por ciento.

En el evento en que la sociedad se rija íntegramente por el régimen privado, de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias, es el máximo órgano social quien designa al liquidador. Una vez agotada la causal de disolución, o en el caso de disolución anticipada de la sociedad, el máximo órgano social se reúne

---

<sup>500</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C- 727 de 2000 declaró inexecutable la parte de “(o desconcentración)”



para declararla, y como primer paso nombra el liquidador para iniciar el proceso liquidatorio<sup>501</sup>. El nombramiento también puede hacerse con posterioridad a la disolución, por los mismos socios<sup>502</sup> o por la superintendencia de sociedades a petición de uno de los socios.<sup>503</sup>

La designación del o los liquidadores<sup>504</sup>, sólo producirá efectividad de sus poderes y facultades una vez inscritos en el Registro Mercantil del domicilio social y de las sucursales. Dicho registro es *conditio sine qua non* para que el nombramiento surta efectos ante la sociedad, los asociados y terceros<sup>505</sup>.

La designación es realizada por la autoridad competente, es decir la Superintendencia de sociedades, en el evento en que *“agotados los medios previstos en la Ley o en el contrato para hacer la designación del liquidador, ésta no se haga, cualquiera de los asociados podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades que se nombre por ella el respectivo liquidador”* (C.Co; art. 228 inc. 3º). Se necesitan dos circunstancias concurrentes: 1) Que concluidos los mecanismos previstos en la Ley y los estatutos, no haya habido designación<sup>506</sup>, y 2) Que haya petición por parte de alguno de los asociados. No se debe entender por tanto, que la intervención de la entidad de control signifique que esta asume la dirección del proceso liquidatorio; la sociedad mantiene el proceso privado, y la

---

<sup>501</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 228 inc. 1º *“La liquidación del patrimonio social se hará por un liquidador especial, nombrado conforme a los estatutos o a la Ley”*

<sup>502</sup> El quórum y la mayoría decisoria requeridos para la designación de liquidadores son los ordinarios, amén que en los estatutos se hubieren estipulado porcentajes diferentes.

<sup>503</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 228 inc. 3º *“Cuando agotados los medios previstos en la Ley o en el contrato para hacer la designación de liquidador, ésta no se haga, cualquier de los asociados podrá solicitar a la Superintendencia de sociedades que se nombre por ella el respectivo liquidador”*.

<sup>504</sup> Según el profesor Reyes Villamizar, la designación de varios liquidadores puede ofrecer ventajas tales como la de permitir la representación de varios grupos antagónicos de socios en el proceso antagónico.

<sup>505</sup> REYES VILLAMIZAR, Op.Cit., p 176

<sup>506</sup> Tales procedimientos consisten por lo general en realizar la primera y segunda convocatorias del organismo competente para hacer el nombramiento, deliberar en la asamblea o junta de socios acerca de los posibles candidatos, someter a votación los nombres de los aspirantes, aplicar la cláusula compromisoria si hubiere pactado, etc. Ibídem, p. 180

Superintendencia de Sociedades se limita a designar el liquidador, inclusive en las entidades vigiladas, el organismo sólo ejerce un control de legalidad sobre sus actos.

La Ley 222 de 1995, en su artículo 84, numeral 6, mantuvo la potestad de la superintendencia prevista en el derogado artículo 267 del código de comercio. Ésta puede en concordancia con el artículo 228, *“Designar el liquidador en los casos previstos por la Ley”* respecto de las entidades vigiladas. En la circular 004 de 1996, la Superintendencia manifestó que entre las facultades que conserva la Superintendencia, está la de *“Designar al liquidador en los casos previstos en la Ley, es decir, cuando agotados los medios establecidos en la Ley o en el contrato social no fuere posible llevar a cabo la designación. Esta facultad se ejercerá sobre sociedades inspeccionadas y vigiladas”*<sup>507</sup>.

En el caso de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, el nombramiento del liquidador es por parte del Presidente de la República de conformidad con el artículo 189 numeral 13 de la Constitución Nacional que establece entre las facultades del Presidente: *“Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la Ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes”*. El liquidador como gerente de la entidad en el proceso liquidatorio, es nombrado por el propio Presidente, cuando éste suprima o disponga la disolución y consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional, en el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, la Ley 489 de 1998 en concordancia con la disposición constitucional, dispuso que *“El gerente o presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado es agente del*

---

<sup>507</sup> En esta misma obra véase Capítulo IX

Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción” (art.91).

**14.7.4 Funciones del liquidador.** La Superintendencia de sociedades en oficio DAL-32528, manifestó que “el liquidador es el representante legal de la sociedad disuelta y el administrador especial de su patrimonio. Desde este punto de vista, de acuerdo con lo expresado, sus facultades y funciones son más amplias que las puestas en cabeza de los administradores que la representan antes de su disolución y todos los actos realizados deben estar orientados necesariamente a la inmediata liquidación del patrimonio social, como se ha dicho, sin que ello pueda ser objeto de limitaciones que tengan origen en la voluntad privada traducida en cláusula contractual”. El liquidador debe representar a la sociedad dentro del proceso liquidatorio, y llevar a cabo los procedimientos conducentes a su eventual liquidación.

Una vez disuelta la sociedad, durante el proceso liquidatorio, la capacidad de la sociedad se reduce a los actos convenientes a su inmediata liquidación<sup>508</sup>, consecuencia de ello la principal obligación del liquidador es el cumplimiento de las operaciones de liquidación, como extinguir las obligaciones de la sociedad, distribuir el remanente a los asociados, etc. El liquidador por tanto no puede dar cumplimiento al deber específico propio de los administradores de *realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social*<sup>509</sup>, ya que la sociedad no tendría capacidad para aplicarlo.

El artículo 238 del código de comercio, concreta las funciones a cargo del liquidador así:

*1ª Continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución.* La realidad del desarrollo de los procesos liquidatorios, demuestra que

---

<sup>508</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 222. “Disuelta la sociedad se procederá de inmediato su liquidación. En consecuencia no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto, y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”

<sup>509</sup> En esta misma obra véase numeral 14.5.2.1

darle cumplimiento a este precepto es bastante complicado, pues es difícil convencer a las partes involucradas en cada actividad inconclusa, de la importancia y de la conveniencia de llegar a unos acuerdos que terminen con los vínculos creados con anterioridad.

*2ª Exigir la cuenta de su gestión a los administradores anteriores, o a cualquiera que haya manejado intereses de la sociedad, siempre que tales cuentas no hayan sido aprobadas de conformidad con la Ley o el contrato social. Concuera con los numerales 9º y 14º del artículo 166 de la Ley 222 de 1995.*

*3ª Cobrar los créditos activos de la sociedad, incluyendo los que correspondan a capital suscrito y no pagado en su integridad; concuerda con el numeral 2º del artículo 1666 de la Ley 222 de 1995, y su fin es no generar falsas expectativas en cuanto a la recuperación efectiva de la cartera, para lo cual se debe hacer un análisis que conduzca a la depuración de tales acreencias.*

*4ª. Obtener la restitución de los bienes sociales que estén en poder de los asociados o de terceros, a medida que se haga exigible su entrega, lo mismo que a restituir las cosas de que la sociedad no sea propietaria. Constituyen dos eventos distintos, el primero en que el liquidador debe lograr que los bienes y haberes sociales en poder de cualquier persona natural o jurídica y aún de los mismos socios, le sean devueltos a la compañía para que tenga plena disposición de los mismos en función de los fines liquidatorios. El segundo, que no genera mayor dificultad, consiste en devolver a sus verdaderos propietarios, las cosas que detenta la sociedad.*

*5ª Vender los bienes sociales, cualesquiera que sean estos, con excepción de aquellos que por razón del contrato social o de disposición expresa de los asociados deban ser distribuido especie. La Ley no señala parámetros concretos*

a los que deba ceñirse el liquidador en la venta de los bienes, se aconseja de todas formas un avalúo profesional para tales efectos.

*6ª Llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad y velar por la integridad de su patrimonio.* Es inherente al proceso liquidatorio, que sea adelantado fundamentado en una contabilidad ajustada a la Ley. Además, en caso de faltar los libros, la sociedad se vería en graves circunstancias de carácter probatorio en una controversia eventual.

*7ª Liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios como se dispone en los artículos siguientes.* Esta constituye una de las funciones principales del liquidador, pues es el objetivo final del proceso, cual es el de cancelar la deuda con los terceros y reintegrarles a los accionistas o socios su participación en el capital social.

*8ª Rendir cuentas o presentar Estados de la liquidación, cuando lo considere conveniente o se lo exijan los asociados.* Normalmente a dichas rendiciones de cuantas se les denomina informes, su contenido no está sujeto a ninguna formalidad especial, pero cada uno de ellos debe contener en esencia una relación completa de todas las actividades adelantadas en desarrollo del proceso liquidatorio, soportadas con cifras contables<sup>510</sup>.

**14.7.4 La Junta Directiva dentro del proceso liquidatorio.** La junta directiva dentro de un proceso liquidatorio, no desaparece, sin embargo sus funciones se limitan a ser de mera consulta, siendo así un cuerpo asesor para el liquidador. La Superintendencia de sociedades en oficio 220-66812 expresó, “no se puede afirmar tajantemente que el órgano social desaparezca, sino que, al quedarse sin funciones que cumplir, puede desempeñarse como órgano asesor, bajo la certeza de que sus pronunciamientos no tienen efecto vinculante para el liquidador, pues

---

<sup>510</sup> CANTILLO, Ignacio. Procesos de disolución y liquidación de sociedades comerciales. Bogotá: Legis, 2001

este mandatario no puede suspender o demorar la misión encomendada esperando pronunciamientos o conceptos de la junta directiva, pues como se expresó, las facultades del liquidador son tan amplias, que le permiten ejecutar, motu proprio, todos los actos tendientes a la terminación de la empresa”.

Es consecuencia en parte, de la limitación de la capacidad de la sociedad que se encuentra en Estado de liquidación, las actividades de la junta directiva *girán en torno a una sociedad en movimiento y en pleno auge de su objeto social*, y al ser este restringido su funcionamiento como en principio se concibe ya no tiene razón de ser. Sin embargo, y teniendo en cuenta que no hay norma que lo prohíba, la junta puede seguir ejerciendo pero como órgano de asesoría o de consulta, sin fuerza vinculante.

Respecto al cumplimiento de los deberes y responsabilidades propios de los administradores contenidos en la Ley 222 de 1995, el profesor Reyes Villamizar, considera que no se les aplica por *“la mutación en la naturaleza de sus facultades en el período de liquidación”*<sup>511</sup>. Es conveniente, ya que el carácter de administradores lo pierden al momento de la liquidación.

**14.7.5 Procesos concursales en las sociedades de economía mixta.** El Decreto 350 de 1989, disponía que las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al cincuenta por ciento (50%) y las sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, *no podían ser declaradas en quiebra*<sup>512</sup>. También establecía la norma, que en caso de no celebrarse el concordato, la sociedad sería disuelta y liquidada por la Superintendencia de Sociedades, conforma a las reglas del código de comercio.

---

<sup>511</sup> *Ibíd*em, p. 191

<sup>512</sup> La Ley 222 de 1995 derogó el régimen anterior en materia de concordato y la quiebra, reemplazando ésta última con el proceso de liquidación obligatoria regulado en los artículos 149 y subsiguientes de la mencionada Ley.

La Ley 222 de 1995, al regular las entidades sometidas a los procesos de concordato preventivo o liquidación obligatoria, no incluyó expresamente a las sociedades de economía mixta, ni a las empresas industriales y comerciales del Estado<sup>513</sup>. Se entendía entonces aplicable el artículo 214 que establecía la competencia “*del deudor persona jurídica diferente a las sociedades y personas naturales*” a los jueces civiles del circuito especializados y en su defecto a los jueces civiles del circuito del domicilio principal del deudor.

Posteriormente se expidió el Decreto Ley 1080 de 1996, que le atribuía a la Superintendencia de Sociedades el conocimiento de los procesos concursales de las empresas industriales y comerciales del Estado; entre otras personas jurídicas de naturaleza no societaria. Sin embargo, la norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-180 de 1997. También el gobierno profirió el Decreto 1064 de 1999, “*Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional*”, pero éste también fue declarado inexecutable en su integridad por la Corte en sentencia C-918 de 18 de noviembre de 1999.

De esta forma, la competencia en procesos concursales para las sociedades de economía mixta es de la Superintendencia de Sociedades, en cuanto es una persona jurídica de naturaleza societaria, y aunque no se remite a ellas expresamente, el artículo 91 de la Ley 222 de 1995 se refiere a las “sociedades” en general como sujetos susceptibles a la competencia del organismo administrativo. En el caso de las sociedades de economía mixta bajo el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, el eventual concordato preventivo o liquidación obligatoria serán del conocimiento de los jueces ordinarios, tal como lo

---

<sup>513</sup> LEY 222/95 art. 90 “La Superintendencia de sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 numeral 3º de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense *sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación*”.

establece el artículo 214 de la Ley.

## **14.8 PRÁCTICAS DEL BUEN GOBIERNO**

La institución conocida como gobernabilidad corporativa o corporate governance, es hoy por hoy más que una opción o requisito para las distintas organizaciones societarias, una necesidad imperiosa con el fin de promover y acrecentar la competitividad de la compañía, así como para crear valor a los accionistas.

Las prácticas del buen gobierno implican la aplicación de valores y principios tales como la transparencia, lealtad, eficacia, responsabilidad y cumplimiento, y se dirigen principalmente hacia el órgano administrativo de una sociedad, para incentivar la realización de una gestión clara, pública y diligente que sea la base de la estructura general de la empresa.

El buen gobierno corporativo se manifiesta en la disponibilidad pública de la información, en mecanismos de elección democráticos de los miembros directivos, en el establecimiento de políticas eficaces, y en general en una serie de parámetros que constituyen una garantía para los inversionistas y los accionistas, y buscan la confianza de la comunidad en general (cita, Guerrero,59 “El buen manejo”. Revista Semana -octubre 1-8 de 2001-)

En las sociedades de economía mixta, la implementación de estas prácticas significaría un paso importante en eficiencia y logro de resultados para la prestación de servicios públicos y satisfacción del interés general en cualesquiera sea el área que desarrollan. Además tanto los accionistas como los ciudadanos en general estarían al tanto del manejo de los recursos y la ejecución de políticas que se adoptan en la empresa.

**14.8.1 Antecedentes.** Las diferentes crisis económicas que a lo largo de la



historia se han producido a nivel mundial, han revelado públicamente la responsabilidad de los gobiernos de las organizaciones societarias por su mal manejo dentro de las compañías.

Entre las crisis “famosas” que dieron lugar a un cambio en las políticas y estrategias dentro de las sociedades y economías en general, están: 1) la “gran depresión” de 1929 que representó el colapso de la bolsa de Nueva York, 2) el desplome de la actividad bancaria en los años 70 en el Reino Unido, 3) el resquebrajamiento de las políticas de préstamos y ahorro de los E.E.U.U. en los años 80, 4) el colapso del Banco de Crédito y Comercio Internacional y el Banco de Barings, y más recientemente la crisis asiática de 1997.

La experiencia mostraba la necesidad de adquirir un nuevo manejo al interior de las compañías en aras de mantener el equilibrio económico. La adopción de sistemas de gobierno adecuados, integrales y transparentes eran requeridos, ya que los eventos históricos “tuvieron un común denominador corporativo importante, pues a menudo fueron resultado de la incompetencia, el fraude, y el abuso” (cita, programa de Confecámaras “*Extractos de Corporate Governance: A Framework for Implementation Overview Banco Mundial*”).

Es de esta manera que principalmente en los países desarrollados se empezaron a implementar prácticas para un buen gobierno corporativo, que reconociera y aplicara los derechos de los accionistas y terceros, divulgara informaciones veraces, tuviera mecanismos de control apropiados y en general una administración transparente e interesada por mantener la competitividad y productividad de la empresa.

## **14.8.2 Noción y principios de las prácticas del buen gobierno**

14.8.2.1. Noción. En la presentación del proyecto de la resolución número 0275 de 2001 proferida por la Superintendencia de Valores con el objeto de reglamentar el

artículo 100 de la Ley 100 de 1993, éste organismo define la gobernabilidad como: “el conjunto de mecanismos encaminados a preservar los derechos de los accionistas y demás inversionistas de la sociedad emisora, maximizando sus dividendos y aumentando el valor de la sociedad, en un ambiente de eficiencia e integridad empresarial, y en cumplimiento de la función social de la misma”.

Los códigos de buen gobierno son el núcleo fundamental de la gobernabilidad “recoge las normas conducta que deben adoptar las instancias de administración, dirección y gestión del emisor, para garantizar una adecuada administración de la sociedad, sin tensiones internas en la propiedad de la misma” (presentación del proyecto)

Las normas que contienen los códigos de buen gobierno, no son normas ética sino reglas que imponen responsabilidades y obligaciones a los gobernantes de la sociedad; la ética está implícita en el cuerpo del código, pero se da a nivel particular en la persona de los administradores. Las normas de la gobernabilidad corporativa, son herramientas de transparencia y equidad en el manejo y gestión de una compañía; garantizan una administración independiente y eficaz a la hora de mostrar resultados a los accionistas, inversionistas e interesados en general.

14.8.2.2 Principios. El director de la cátedra de ética empresarial de la Asociación de Antiguos Alumnos, Bryan W. Husted<sup>514</sup> y un informe de la OCDE (organization for economic and cooperation development)<sup>515</sup> expedido en mayo de 1999, coinciden en que los principios de la gobernabilidad corporativa son:

1. Derechos de los accionistas
2. Tratamiento equitativo
3. Derechos de terceros aportantes de recursos: acreedores, clientes, empleados

---

<sup>514</sup> <http://www.societario.com/revista/2/doctrina/directorindependiente.htm>

<sup>515</sup> Programa de Confecámaras sobre Principios de Corporate Governance de la OECD

4. Revelación de informes y transparencia
5. Responsabilidad de la junta directiva
6. Responsabilidades y deberes de los directores, administradores y alta gerencia

Los derechos de los accionistas deben ser ante todo protegidos de tal manera que reciban información cierta y adecuada de la situación de la compañía, así como de las decisiones y políticas que se implemente. Dentro de los derechos de los accionistas también están el “participar y votar en las asambleas”, “elegir a los miembros de la junta directiva”, “participar en las utilidades de la compañía”, etc. En el caso de las sociedades de economía mixta, la ejecución y buen desarrollo por parte del Estado mantendrían los intereses de la comunidad a un nivel benéfico y provechoso para ésta.

El tratamiento equitativo se entiende como la no discriminación entre las diferentes categorías de accionistas, ya sean extranjeros, minoritarios o con dividendo preferencial y sin derecho a voto, deben ser tratados como iguales, teniendo en cuenta para las decisiones de la compañía, los intereses de aquellos también.

El respeto de los derechos de los terceros es fundamental para el crecimiento de la sociedad. La inclusión de éstos asegura la financiación y realización de sus fines. El buen trato y respeto de los intereses de los acreedores y clientes garantizan la confiabilidad que aquellos le tengan a la sociedad.

La veracidad, integridad y actualización de la información que se suministre a los interesados en general, es esencial para mostrar el Estado real de la sociedad. Con una información oportuna y veraz sobre la situación efectiva de las diferentes sociedades de economía mixta existentes, se evitarían gestiones ineficientes y con ello desfalcos a los intereses de la colectividad.

Las compañías dependen del manejo adecuado que sus directores empleen; es

así como administradores, gestores y en general el órgano de administración de una sociedad, debe actuar de manera eficaz, transparente, de buena fe y diligente, para adoptar estrategias ajenas a intereses particulares que conduzcan al crecimiento de la compañía; en las sociedades de economía mixta además al logro del interés público requerido.

#### 14.8.2.3 Disposiciones normativas

**a) Código de comercio.** El código de comercio contiene en el Libro Segundo “*de las sociedades comerciales*” regulaciones concernientes a los postulados de la gobernabilidad corporativa, estableciendo normas para la protección de los derechos de los accionistas, tratos equitativos, responsabilidades y obligaciones de los administradores, mecanismos para el suministro de informes transparentes, entre otros.

- Derechos de los accionistas (normas)

#### \*Artículo 155- MAYORÍA PARA LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

Estipula las mayorías para el reparto de utilidades que en principio es el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

#### \*Artículo 156- PAGO DE UTILIDADES

Las utilidades repartibles se deben pagar en efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten.

#### \*Artículo 184- REPRESENTACIÓN DE LOS SOCIOS

Todo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la asamblea, cumpliendo con ciertos requisitos.

#### \*Artículo 185- PROHIBICIÓN PARA REPRESENTACIÓN

Imposibilidad de representar acciones distintas de las propias en las reuniones de

la Asamblea, por parte de los administradores y empleados.

**\*Artículo 187- FUNCIONES GENERALES DE LA ASAMBLEA**

Establece las funciones propias de la Junta de Socios o Asamblea.

**\*Artículo 188- LEY DE MAYORÍAS**

Las decisiones adoptadas por la asamblea obligan a todos los socios.

**\*Artículo 189- PRUEBA DE LAS DECISIONES DE LA JUNTA**

Medios probatorios de la existencia de las decisiones adoptadas por la asamblea (Actas).

**\*Artículo 190- INEFICACIA DE LAS DECISIONES**

Eventos en los cuales, las decisiones adoptadas por la Junta de socios adolecerán de ineficacia.

**\*Artículo 191- IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES**

Requisitos para que los administradores, revisores fiscales y socios ausentes o disidentes impugnen las decisiones de la asamblea.

**\*Artículo 194- PROCEDIMIENTO**

Procedimiento para la impugnación de las actas aprobadas por la asamblea.

**\*Artículos 197 y 198- ELECCIÓN DE ADMINISTRADORES Y JUNTA DIRECTIVA**

Requisitos frente a la elección de los miembros de la junta directiva y de los administradores.

**\*Artículo 204- ELECCIÓN DEL REVISOR FISCAL**

La elección del Revisor Fiscal se hará por mayoría absoluta de la asamblea o junta de socios.

\*Artículo 209- INFORME DEL REVISOR FISCAL

Contenido del informe del revisor fiscal a la asamblea o junta de Socios

\*Artículo 446- PRESENTACIÓN A LA ASAMBLEA DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

Los Estados financieros serán presentados para su aprobación a la Asamblea, con los respectivos documentos señalados por la Ley.

\*Artículo 459- RESTABLECIMIENTO DEL PATRIMONIO

Entre las medidas señaladas por la Ley para restablecer el patrimonio están: la venta de bienes valorizados, emisión de nuevas acciones, reducción del capital suscrito, etc.

- Tratamiento equitativo

\*Artículo 197- CUOCIENTE ELECTORAL

Se debe utilizar el sistema del cuociente electoral para la elección de uno o más miembros de las juntas, comisiones o cualquier cuerpo colegiado.

- Derechos de los terceros aportantes de recursos

\*Artículo 153- PRESENTACIÓN DEL ESTADO DE RESULTADOS

Los administradores deben presentar el Estado de resultados al final de cada ejercicio, si la administración de los negocios no está a cargo de todos los socios.

\*Artículo 169- TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS

En el evento en que la prenda de los acreedores se vea disminuida en virtud de la transformación de la sociedad, ésta operación no afectará los intereses de aquellos.

\*Artículo 175- FUSIÓN FRENTE A TERCEROS

Garantía de las obligaciones a petición de los acreedores en los eventos de fusión de la sociedad.

**\*Artículo 193- DECLARACIÓN DE NULIDAD FRENTE A TERCEROS**

La declaración de nulidad de las decisiones de la asamblea, no podrá perjudicar a los terceros de buena fe.

**\*Artículo 232- INFORMACIÓN A TERCEROS DEL PROCESO LIQUIDATORIO**

Los liquidadores deben informar a los acreedores del Estado de liquidación de la sociedad.

**\*Artículo 242- PRELACIÓN DE CRÉDITOS**

Se debe respetar la prelación de créditos en el pago de las obligaciones sociales.

- Revelación de informes y transparencia

**\*Artículo 111- REGISTRO MERCANTIL**

La copia de la escritura de la sociedad, se debe inscribir en el registro mercantil y de instrumentos públicos de la Cámara de Comercio ubicada en su domicilio principal.

**\*Artículo 153- PRESENTACIÓN DEL ESTADO DE RESULTADOS**

Los administradores deben presentar el Estado de resultados al final de cada ejercicio, si la administración de los negocios no está a cargo de todos los socios.

**\*Artículo 174- APROBACIÓN DEL COMPROMISO DE FUSIÓN**

Obligación de los representantes legales de dar aviso al público de la aprobación del compromiso de fusión.

**\*Artículo 182- CONVOCATORIAS DE REUNIONES DE ACCIONISTAS**

La convocatoria a la asamblea de accionistas debe contener los asuntos respectivos que han de tratarse en dicha reunión.

**\*Artículo 183- INFORME A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

Las sociedades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia, deberá informarle sobre la asamblea general de accionistas.

**\*Artículo 186- LUGAR Y QUÓRUM DE LAS REUNIONES**

Lugar y quórum de las reuniones de acuerdo a la Ley y los estatutos.

**\*Artículo 195- LIBROS DE ACTAS Y DE ACCIONES**

La sociedad deberá llevar un libro de las actas aprobadas por la asamblea de manera cronológica, y de las acciones inscritas, aquellas que sean sociedades por acciones.

**\*Artículo 209- INFORME DEL REVISOR FISCAL**

Contenido del informe del revisor fiscal a la asamblea o junta de Socios

**\*Artículo 226- INFORME DEL LIQUIDADADOR**

El liquidador deberá presentar un informe sobre el Estado de liquidación de la compañía, con todos los documentos pertinentes.

**\*Artículo 289- COPIAS DE LOS BALANCES A LA SUPEINTENDENCIA**

Las sociedades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia, deben enviarle copias de los balances con el respectivo Estado de resultados.

- Responsabilidad de la junta directiva y los administradores

**\*Artículo 157- RESPONSABILIDAD PENAL**

Incurrirán en responsabilidad penal los administradores, revisores o contadores que falseen los balances.

**\*Artículo 196- FACULTADES Y RESTRICCIONES DE LOS ADMINISTRADORES**



Las facultades y restricciones de los administradores serán las señaladas en la Ley y en los estatutos sociales; en principio están facultados para cualquier operación dentro del ámbito del objeto social.

\*Artículos 197 y 198- ELECCIÓN DE ADMINISTRADORES Y JUNTA DIRECTIVA  
Requisitos frente a la elección de los miembros de la junta directiva y de los administradores.

\*Artículo 200 (modificado por la Ley 222/95, art.24)  
Señala los eventos en que los administradores incurrirán en responsabilidad. En principio, los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

\*Artículo 201 y 202- SANCIONES A LOS ADMINISTRADORES  
Sanciones a que son acreedores los administradores por realizar diversa clase de actuaciones contra la Ley y los estatutos sociales.

\*Artículo 212- RESPONSABILIDAD PENAL DEL REVISOR FISCAL  
El revisor fiscal incurrirá en sanciones penales en caso de falsedad en documento privado.

\*Artículo 216 y 217- SANCIONES AL REVISOR FISCAL  
El revisor fiscal que incurra en ciertas irregularidades, será sancionado acorde con la Ley y los estatutos.

**b) Ley 222 de 1995.** La Ley 222 de 1995, modificó el régimen que sobre las sociedades comerciales establecía el Libro II del código de comercio. Entre la nuevas disposiciones que la Ley estableció, se encuentran regulaciones sobre los principios y deberes de los administradores, responsabilidad de la junta directiva, derechos de los accionistas y demás temas relacionados con el buen manejo de la

sociedad.

#### \*Artículo 22- ADMINISTRADORES

Quienes ostentan la calidad de administradores de acuerdo a los estatutos y funciones que ejerzan.

#### \*Artículo 23- DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

“los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en **interés de la sociedad** , teniendo en cuenta los intereses de los asociados”. A continuación en el artículo se señalan una serie de manifestaciones de los principios que se pueden clasificar de la siguiente manera; como deberes de diligencia:

- Realizar los esfuerzos conducentes al desarrollo del objeto social.
- Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
- Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal;
- Y entre las disposiciones del deber de lealtad están:
- Guardar y proteger la reserva industrial y comercial de la sociedad
- Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada
- Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos
- Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

#### \*Artículo 24- RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Concordado con el artículo 200 del código de comercio

#### \*Artículo 25- ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Acción social de responsabilidad. Implica una acción de responsabilidad contra los administradores, que se puede ejercer en diversos eventos señalados en la Ley ya sea por decisión de la asamblea o junta de socios, o por cualquier otro administrador, el revisor fiscal o socio en interés de la sociedad; o por los acreedores bajo las condiciones señaladas por el artículo.

**\*Artículo 42- AUSENCIA DE ESTADOS FINANCIEROS**

En el evento de ausencia de los Estados financieros, los administradores responden por los perjuicios que cause a la sociedad la no preparación y difusión de éstos.

**\*Artículo 45- RENDICIÓN DE CUENTAS**

Los administradores deben rendir cuentas comprobadas al finalizar cada ejercicio, para lo cual deben presentar los Estados financieros con el respectivo informe de gestión. La aprobación de tales documentos, no los exonera de eventuales responsabilidades.

**\*Artículo 46- RENDICIÓN DE CUENTAS AL FIN DEL EJERCICIO**

Señala los documentos que debe presentar los administradores en la redición de cuentas, entre tales están: el informe de gestión, los Estados financieros y sus respectivos dictámenes y un proyecto de distribución de las utilidades repartibles.

**\*Artículo 47- INFORME DE GESTIÓN**

Contenido del informe de gestión, el cual debe reflejar entre otras cosas, la situación jurídica y económica de la compañía.

**\* Artículo 48- DERECHO DE INSPECCIÓN**

Ni el administrador, ni el revisor fiscal, pueden obstaculizar o negar el ejercicio del derecho de inspección por parte de los socios accionistas. En tal evento incurrirían en causal de remoción.

#### \*Artículo 83- INSPECCIÓN

Establece la competencia de la Superintendencia de Sociedades para realizar investigaciones administrativas e inspeccionar la situación jurídica y económica de las sociedades.

#### \*Artículo 84- VIGILANCIA

La Superintendencia de Sociedades vigilará las sociedades que cometen ciertas irregularidades como: a) Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.

#### \*Artículo 85- CONTROL

La Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de ordenar los correctivos necesarios en los diversos campos de las sociedades que así lo requieran. Entre sus atribuciones están: 4º) ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten, y 5º) Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la Ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.

#### \*Artículo 86- OTRAS FUNCIONES

La Superintendencia de Sociedades también puede: 4º) Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen de los hechos relacionados con la dirección, fiscalización o administración de las sociedades, de acuerdo a lo previsto en la Ley.

#### \* Artículo 117- CAUSALES DE REMOCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Entre las causales para la remoción de los administradores se destacan: 1) cuando

por su negligencia la sociedad no este cumpliendo sus deberes de comerciante, 2) cuando estén inhabilitados para ejercer la función o el comercio y 3) cuando sin justa causa no cumplan las obligaciones que les impone la Ley.

#### \* Artículo 153 -INHABILIDADES

Además de la remoción, son causales de inhabilidad para seguir ejerciendo actividades de comercio: 1) cuando se compruebe que constituyeron o utilizaron la empresa con el fin de defraudar los acreedores, 2) Llevar a la empresa mediante fraude al Estado de crisis económica, 3) la destrucción, disminución u ocultamiento total o parcial de bienes, 4) la ejecución de cualquier acto similar, con la cual se cause perjuicio a la entidad deudora, sus asociados o en general a terceros, entre otras.

#### \* Artículo 206- RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Los administradores responderán solidariamente por los daños y perjuicios que se ocasionen a los socios y terceros si por su culpa los bienes de la liquidación fueron insuficientes para cubrir el pasivo externo.

### **Resoluciones de la Superintendencia de Valores**

#### - Resolución 0275

El 23 de mayo de 2001, la Superintendencia de Valores expidió la resolución número 0275, que reglamenta el artículo 100 de la Ley 100 de 1993. En los incisos 3º y 4º del citado artículo, la Ley le confirió facultades al superintendente para *“definir los requisitos que deban acreditar las personas jurídicas destinatarias de inversión o colocación de recursos de los fondos de pensiones”*.

Aunque la resolución es de obligatorio cumplimiento para las sociedades en las cuales los fondos de pensiones coloquen títulos, y voluntaria para las organizaciones societarias en general, constituye el primer ordenamiento a nivel nacional que regula las prácticas del buen gobierno, abriendo el camino para la

implementación del buen manejo dentro de las compañías; *“la resolución de la Supervalores define como deben ser estos códigos, que en el fondo buscan que haya un destape por parte de las empresas”* (Guerrero, 58)

La resolución 0275 en su artículo 1º, estipula que sus disposiciones aplicarán a las personas jurídicas de naturaleza tanto privada como pública, previendo expresamente dentro de éstas últimas a las sociedades de economía mixta<sup>516</sup>. De tal forma que las sociedades de economía mixta destinatarias de las inversiones de los fondos de pensiones, deberán necesariamente adoptar un código de buen gobierno, bajo los criterios establecidos en la providencia.

En los artículos 3º, 4º, 5º y 6º principalmente, se regulan los puntos esenciales en la conformación y adopción de un código de buen gobierno.

El artículo 3º determina los requisitos mínimos del gobierno societario para “asegurar el respeto a los derechos de todos sus accionistas y demás inversionistas en valores”; señala que:

*“Códigos de Buen Gobierno: Los emisores de valores deberán adoptar Códigos de Buen Gobierno. Se entiende por Código de Buen Gobierno el conjunto de normas de conducta del emisor, que responden a los principios de corrección y racionalidad y que se formule en cumplimiento de lo establecido en la presente Resolución.*

*Las reglas contenidas en los Códigos de Buen Gobierno deberán garantizar la adecuada administración de la sociedad emisora, la oportuna, completa y veraz información financiera a los inversionistas y accionistas minoritarios, así como el control de los riesgos del emisor. Igualmente, deberán permitir la prevención y el manejo de los potenciales conflictos de interés, que puedan llegar a interferir en las relaciones entre administradores y accionistas, entre*

---

<sup>516</sup> RESOLUCIÓN 0275/01 Art. 1º. *Ámbito de aplicación: El cumplimiento de las normas previstas en la presente Resolución deberá ser acreditado por todas las personas jurídicas que sean destinatarias de inversión o de colocación de recursos de los fondos de pensiones o patrimonios pensionales administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, las Sociedades Fiduciarias o las Compañías de Seguros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y la Ley 550 de 1999.*

*mayorías y minorías, y entre el emisor y los inversionistas”.*

Los requisitos contienen una serie de mecanismos que aseguran y garantizan la transparencia en las elecciones y gestión de los administradores y miembros de la junta directiva, la divulgación de informaciones veraces sobre los riesgos y el Estado de la sociedad, la salvaguardia de los derechos de los accionistas e inversionistas en general e instrumentos de control y cumplimiento de las disposiciones adoptadas.

En el artículo 4º se establecen los aspectos mínimos de las prácticas de gobierno que deben divulgar las sociedades; éstas contienen mecanismos de gobierno referentes a los criterios y procedimientos de selección y funcionamiento de los administradores y miembros de la junta directiva, criterios para la transparencia de la información y el manejo de las decisiones y relaciones económicas, entre otros así:

*“Contenido de los Códigos de Buen Gobierno: Los Códigos de Buen Gobierno deberán contener los elementos esenciales que componen la organización societaria. Igualmente, deberán ser flexibles de manera que les permitan adecuarse a las diferentes formas societarias, hacer posibles futuras revisiones sobre la base de la experiencia acumulada, y adaptarse a los cambios y variaciones en las normas del mercado de valores. Los Códigos de Buen Gobierno tendrán en cuenta, en todo caso, los siguientes aspectos:*

*1º. Composición, elección, funciones, responsabilidades e independencia de la junta directiva o consejo directivo, así como de los principales accionistas o grupos de ellos controlantes de la sociedad.*

*2º. Designación y sistemas de compensación o remuneración de los administradores y principales ejecutivos, las relaciones de estos con los socios, las relaciones de negocios entre el emisor y sus funcionarios, y las compras, ventas y demás negocios que dichos funcionarios hagan con las acciones y los valores emitidos por el correspondiente emisor.*

*3º Criterios de selección de los principales proveedores de insumos o materias primas cuando sea del caso, así como los vínculos jurídicos y económicos existentes entre éstos y el emisor*

*4º Régimen de tratamiento a la información, tanto de la que debe ser divulgada como de la que tiene carácter reservado o privilegiado.*

*5° Mecanismos de control interno y auditoría empresarial.*

*6° Políticas, compromisos y normas de conducta de la administración para con el emisor, adoptadas por los administradores del emisor.*

*7° La obtención de los objetivos previstos en el artículo segundo de la presente Resolución<sup>517</sup>.*

*8° La divulgación a los inversionistas, tanto de las políticas generales contenidas en el Código de Buen Gobierno, como de las decisiones concretas que resulten de la aplicación del mismo, en todos los aspectos mencionados en el presente artículo.*

*PARÁGRAFO: Los Códigos de Buen Gobierno deberán adoptarse sin perjuicio del cumplimiento de las normas de organización societaria contenidas en el Código de Comercio y de las demás que lo reglamenten, modifiquen y adicionen, así como de normas especiales expedidas con el fin de reglamentar la contabilidad, la auditoría y el mercado de valores”.*

El numeral 1º del artículo prevé la especial protección a los accionistas minoritarios al referirse a la regulación tanto de los administradores como de los accionistas mayoritarios quienes ostentan el control político de la sociedad.

---

<sup>517</sup> RESOLUCIÓN 0275/01 ARTÍCULO SEGUNDO: *Criterios de gobernabilidad de los emisores: Las normas de gobernabilidad contempladas en la presente Resolución tienen origen en los presupuestos contenidos en la Constitución Política, en el Código Civil, en el Código de Comercio, en el Código Penal, y en las demás regulaciones especiales vigentes en materia de contabilidad, auditoría y en general del mercado de valores, así como en aquellas que los adicionen, modifiquen o reglamenten. Así mismo, las normas de gobernabilidad dispuestas están en concordancia con las buenas prácticas y usos de los mercados internacionales de valores. Los emisores de valores deberán adoptar sistemas de gobierno que, en aras de maximizar el valor de la empresa y de los accionistas, en un ambiente de eficiencia e integridad empresarial, garantice los derechos de los inversionistas, y en cumplimiento de su función social de la propiedad, propendan por:*

- 1. La certeza y taxatividad de los derechos y obligaciones de los accionistas y de los demás inversionistas .*
- 2. El tratamiento equitativo de los accionistas y de los demás inversionistas.*
- 3. La divulgación oportuna de información completa, exacta y regular sobre los aspectos esenciales de la sociedad, sus líneas de negocio, sus proyectos de inversión, el marco regulatorio y el entorno competitivo particularmente los referente con series históricas de participación en el mercado en el que se desenvuelve.*
- 4. La divulgación oportuna de información completa, exacta y regular sobre las condiciones personales y profesionales de los miembros de las juntas directivas o consejos directivos, órganos de control interno, al igual que de los representantes legales y demás funcionarios ejecutivos de la sociedad, de tal manera que permitan conocer su calificación y experiencia, entre otros aspectos relaciones con la capacidad de gestión de los negocios sociales.*
- 5. El reconocimiento de los derechos de terceros tales como inversionistas, clientes, proveedores, acreedores, consumidores, y la colectividad, en general, cuyos intereses ya están protegidos por el ordenamiento jurídico vigente.*
- 6. El control de las instancias de gestión, administración y dirección del emisor.*
- 7. La debida representación de los diversos grupos de accionistas – sean o no controlantes - en las instancias de dirección del emisor y los mecanismos de control sobre la dirección misma.*



El numeral 2º evita eventuales conflictos de interés que puedan surgir entre los administradores y los socios, pero faltaría precisar la regulación de las relaciones entre los administradores y el propio ente societario, puesto que ocasionalmente también podrían surgir conflictos de este tipo.

Los siguientes numerales hacen referencia al principio de transparencia manifestado en la divulgación veraz de información sobre la empresa, así como el control propio que debe aplicarse para vigilar el cumplimiento de las disposiciones y el buen funcionamiento de la sociedad.

El artículo 5º, prescribe lo concerniente a la publicación de la información en general. Dispone que la divulgación de la información debe realizarse de manera "oportuna, completa y exacta", esto implica la transparencia, veracidad e integridad en los diferentes informes referentes a la sociedad.

*“Obligaciones respecto de los inversionistas: Adicionalmente a lo previsto en el artículo anterior, y en aras de asegurar la efectividad de los criterios enunciados en los Códigos de Buen Gobierno, los emisores deberán adoptar, como parte de dichos códigos, procedimientos que permitan a los inversionistas interesados, actuales y potenciales, la verificación directa de la condición financiera del emisor, su política de administración, su estrategia de gestión de riesgo, la composición accionaria, la composición, elección y responsabilidades de la junta directiva, así como comprobar la veracidad de la información.*

*Adicionalmente, los emisores deberán:*

*1º. Revelar la información respecto de los sistemas de compensación salarial de los administradores y directores de la sociedad.*

*2º. Establecer reglas en materia de control interno, el control contable y el control sobre la actividad de gestión de los administradores.*

*3º. Revelar en forma instantánea sobre toda transacción o negocio jurídico vinculado a los valores emitidos por el emisor y realizado, directa o indirectamente, por las personas a que hace alusión este inciso.*

*4º. Organizar una dependencia encargada de atender en forma exclusiva y permanente los requerimientos de los inversionistas en relación con el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones del emisor.*

*5º. Establecer mecanismos de manejo y control de los conflictos de interés.*

*6º Establecer mecanismos que permitan a los inversionistas requerir a los*

*accionistas controladores y obtener de estos, la convocatoria de las asambleas generales de accionistas para tratar temas que conciernen a los accionistas minoritarios, o a los demás inversionistas,*

*7°. Suministrar al publico oportuna y periódicamente aquella información financiera, - incluida pero no limitada a flujos de caja proyectados para el emisor y de las garantías si estas consisten en fideicomisos - contable, de manejo de los riesgos –entre ellos, la exposición cambiaria, márgenes promedio de precios- y de políticas de administración e inversiones, que, teniendo en cuenta las características específicas del negocio del respectivo emisor, ilustre clara, oportuna y precisa a los inversionistas actuales y potenciales sobre el Estado de los negocios del emisor y su condición financiera, de manera que puedan tomar apropiadamente sus decisiones de inversión. La forma, periodicidad y detalle de la información a suministrar deberá estar contenida en los prospectos de emisión respectivos.*

*En todo caso, el informe deberá detallar sobre el Estado de endeudamiento bancario, los principales acreedores, así como las garantías comprometidas en su propio beneficio o de terceros, su clase, Estado y desempeño, y el valor del mercado de las mismas.*

*8° Organizar, mediante medios idóneos, programas y campañas de difusión de los derechos y obligaciones de los accionistas y demás inversionistas en títulos de renta fija, así como su alcance”.*

Por la importancia de la función que cumplen las personas jurídicas destinatarias de inversión o colocación de recursos de los fondos de pensiones, la resolución dedica un artículo especial sobre la calidad y contenido de la información que la sociedad debe entregar tanto a los posibles inversionistas como al público en general. La información a los inversionistas es una práctica reiterativa en cualquier negocio de inversión, que además implica una carga de diligencia y sagacidad por parte del inversionistas para saber con certeza la veracidad y suficiencia del Estado de la sociedad. Lo novedoso en cuanto a la disposición, es lo concerniente a la protección especial al público en general, en la medida que en últimas tales personas jurídicas están manejando los ahorros de una parte destacable de la sociedad.

Por último, el artículo 6° de la resolución, define en concreto la adopción, cumplimiento, contenido y demás aspectos de los códigos de buen gobierno así:

*“Art. 6°.- Códigos de Buen Gobierno.- Cada persona jurídica emisora*

*compilará las normas y sistemas exigidos en la presente resolución en un código de buen gobierno, el cual estará permanentemente a disposición de los inversionistas.*

*Los Códigos de Buen Gobierno deberán adaptarse a los cambios del entorno empresarial, y se adoptarán, sin perjuicio del cumplimiento de las normas de organización contenidas en el Código de Comercio y de las demás que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan, así como de las normas especiales expedidas con el fin de reglamentar la contabilidad, la auditoría y el mercado de valores, y de las demás Leyes que resulten aplicables”.*

Las disposiciones y deberes de la resolución 0275 de 2001 entraron en vigencia el pasado 24 de agosto, y se harán exigibles para las sociedades a las que aplica obligatoriamente a partir del 15 de mayo de 2002.

- Proyecto de Ley marco de mercado de valores

El anteproyecto de la Ley marco de mercado de valores *“por la cual se dictan las normas generales que señalan los principios, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para ejercer su función de intervención y regulación en la actividad del mercado de valores”*, dispone en varios de sus artículos, normas referentes a las prácticas del buen gobierno.

En el artículo 11, numeral 3º sobre los instrumentos de intervención, respecto de las actividades en el mercado, el literal m dispone:

*“Regular la adopción, por parte de los agentes del mercado de valores, de principios de buen gobierno encaminados a un ejercicio eficiente, prudente y responsable de las actividades empresariales y a un tratamiento justo y equitativo de los inversionistas, y prever medidas que aseguren su efectividad y cumplimiento”.*

Estipula de la misma manera en el numeral 4º, literal c respecto de los emisores:

*“Regular la adopción, por parte de los emisores de acciones y demás valores, de principios de buen gobierno encaminados a un ejercicio eficiente, prudente y*

*responsable de las actividades empresariales y a un tratamiento justo y equitativo de los inversionistas, y prever medidas que aseguren su efectividad y cumplimiento”*

En el capítulo primero, título IX, sobre *“El gobierno societario de los participantes del mercado de valores”*, se regula lo concerniente al buen gobierno societario y los códigos de buen gobierno. El artículo 103 del anteproyecto contiene los principios propios de un buen gobierno societario *“en aras de maximizar el valor de la empresa y de los accionistas, en un ambiente de eficiencia e integridad empresarial y en cumplimiento de su función social”*.

*“ARTÍCULO 103º.- Del buen gobierno societario. Los participantes del mercado de valores deberán adoptar de manera autónoma y en el ejercicio de su actividad, sistemas de gobierno que, en aras de maximizar el valor de la empresa y de los accionistas, en un ambiente de eficiencia e integridad empresarial y en cumplimiento de su función social, propendan por:*

*1ºLa certeza y taxatividad de los derechos y obligaciones de los accionistas y demás inversionistas.*

*2ºEl tratamiento equitativo de los accionistas y demás inversionistas.*

*3ºLa divulgación oportuna de información completa, exacta y regular sobre los aspectos esenciales de la sociedad, sus líneas de negocios, sus proyectos de inversión, el marco regulatorio y el entorno competitivo, y cualquier otra que a juicio de la Superintendencia de Valores imprima valor a los accionistas e inversionistas.*

*4º La divulgación oportuna de información completa, exacta y regular sobre las condiciones personales y profesionales de los miembros de juntas directivas o consejos directivos, órganos de control interno, al igual que de los representantes legales y demás funcionarios ejecutivos de la sociedad, de manera que sea posible conocer su calificación, su experiencia, y los demás aspectos relevantes relacionados con la capacidad de gestión de los negocios sociales.*

*5ºEl reconocimiento de los derechos de terceros tales como inversionistas, clientes, proveedores, acreedores, consumidores, y la colectividad.*

*6º El control de las instancias de gestión, administración y dirección del participante del mercado de valores.*

*7ºLa debida representación de los diversos grupos de accionistas, sean o no controlantes, en las instancias de dirección de la sociedad y los mecanismos*

*para su control*<sup>518</sup>.

Los artículos 104 y 105, comprenden el contenido y aspectos generales del código de buen gobierno. El artículo 104 dispone las finalidades y objetivos de la adopción de un código de buen gobierno.

*“ARTÍCULO 104º.- Códigos de Buen Gobierno. Los participantes del mercado adoptaran Códigos de Buen Gobierno, que deberán garantizar la adecuada administración de la sociedad emisora, la oportuna, completa y veraz información financiera a los inversionistas y a los accionistas minoritarios, así como el control de los riesgos del emisor. Igualmente, deberán permitir la prevención y el manejo de los potenciales conflictos de interés, que puedan llegar a interferir en las relaciones entre administradores y accionistas, entre mayorías y minorías y entre el emisor y los inversionistas”.*

El artículo 105<sup>519</sup>, establece los elementos mínimos que debe contener el código que se acuerde dentro de la sociedad. El numeral 7º hace más estricta y específica la práctica de la verificación de la información suministrada por la sociedad, a diferencia de lo dispuesto por la resolución 0275 de 2001 en la cual sólo se menciona la necesidad de proveer información adecuada y veraz.

*“Num. 7º Procedimientos que permitan a los inversionistas interesados, actuales y potenciales, la verificación directa de la condición financiera del emisor, su política de administración, su estrategia de gestión de riesgo, y cualquiera de los aspectos contenidos en los numerales anteriores. Dicha verificación podrá ser realizada por un auditor externo e independiente, escogido a sus expensas entre firmas de reconocida reputación y trayectoria, que deberá cumplir con lo establecido con las normas de revisoría fiscal y auditoría vigentes.*

*Parágrafo Primero.- Los Códigos de Buen Gobierno deberán a las características del respectivo emisor, que podría incluso no ser una organización societaria.*

*Parágrafo Segundo.- Las políticas contenidas en los Códigos de Buen Gobierno, y las decisiones concretas que resulten de la aplicación de los*

---

<sup>518</sup> Concuera con el artículo 2º de la Resolución 0275 de 2001 (*En esta misma obra véase nota al pie 96*)

<sup>519</sup> Los primeros 6 numerales del artículo 105 del Anteproyecto de Ley, concuerdan con los numerales del artículo 4º de la Resolución 0275 de 2001 (*En esta misma obra véasepág 85*)

*mismos, en todos los aspectos mencionados en el presente capítulo, deberán ser informadas a los inversionistas”.*

#### **14.9 IMPORTANCIA DE LAS PRÁCTICAS DEL BUEN GOBIERNO EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

Los sistemas de buen gobierno han demostrado en diversas sociedades donde han sido implementados, que más que ser un “catálogo” de criterios y mecanismos para mantener un manejo transparente y eficiente de la compañía, constituye un instrumento importante que conduce a una mayor productividad y competitividad de la sociedad.

Las sociedades de economía mixta tienen además de la responsabilidad propia de toda sociedad comercial, un compromiso especial con la colectividad en general. Este tipo de sociedades tienen como fines esenciales la colaboración eficiente en la prestación de servicios públicos y el desarrollo de industrias enfocadas en pro del interés público, lo cual representa la dependencia de una gran parte de la población en sus servicios.

Aquí, además de la aplicabilidad de los principios de transparencia, lealtad, eficacia, responsabilidad y cumplimiento frente a los accionistas, inversionistas y terceros aportantes, esta se debe desarrollar frente a la comunidad destinataria de sus prestaciones.

Han sido numerosos los casos en que las personas jurídicas de naturaleza pública han quebrado principalmente por el mal manejo del gobierno que las dirige, mal manejo representado por intereses particulares, manifestaciones de corrupción y abuso, y muchas veces por la incompetencia de los propios gobernantes. Se trata del resquebrajamiento de empresas que sostienen económicamente una cantidad considerable de personas, además que prestan servicios o desarrollan industrias

que sólo en conjunto el sector privado y público podrían llevar a cabo.

Asimismo, las prácticas del buen gobierno son indispensables para la viabilidad de las sociedades de economía mixta. Mediante un buen manejo de éstas se puede llevar a una mayor valorización de la empresa y una mayor productividad. Son necesarias también con el fin de promover la inversión en este tipo de sociedades de modo que lleguen a tener un alto nivel de competitividad en el mercado.

Un ejemplo reciente de implementación de prácticas del buen gobierno en sociedades de economía mixta colombianas, es el caso de ISA , cuyos socios están trabajando en “el Código de Gobernabilidad Corporativo, en el que esperan profundizar las prácticas de transparencia y manejo democrático de la sociedad” (Guerrero, 60 “El buen manejo”. Revista Semana -octubre 1-8 de 2001-)

#### **14.9.1 Modelos de Códigos de Buen Gobierno en sociedades de economía mixta.**

14.9.1.1 Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.. INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P ISA es una sociedad de economía mixta del orden nacional vinculada al ministerio de minas y energía. El 15 de noviembre de 2001 tras la aprobación de la junta directiva, fue acogido el Código de Buen Gobierno, con el fin de *“asegurar el respeto de quienes inviertan en acciones o en cualquier otro valor emitido por la empresa, la adecuada administración de sus asuntos y el conocimiento público de su gestión”*<sup>520</sup>.

El Código de Buen Gobierno de ISA, aplica los criterios, mecanismos y requisitos señalados en la Resolución 0275 de mayo 23 de 2001 de la Superintendencia de Valores y su contenido se ajusta *“a los principios, valores, código de ética, estatutos sociales, estatutos de contratación, políticas empresariales y demás prácticas de gobierno que de tiempo atrás ha venido desarrollando la Sociedad”*.La

---

<sup>520</sup> Presentación-Código del Buen Gobierno de INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P

estructura del Código de Buen Gobierno se compone de once títulos, así:

*“En el Título Preliminar se define el objetivo y el ámbito de aplicación.*

*En el Título I se identifica la Sociedad, según su naturaleza jurídica y objeto social.*

*En el Título II se expresa el Marco de Actuación de la Sociedad, según su Misión, Visión, Valores, Principios y Compromisos con grupos de interés. Adicionalmente describe los servicios prEstados por la sociedad.*

*En el Título III se trata el tema de la Sociedad y su gobierno, describiéndose los mecanismos de elección y nombramiento, funcionamiento y remuneración de sus órganos de dirección y administración.*

*En el Título IV, De la conducta de la administración, se hace referencia a los controles que tiene la organización y a las auditorías especializadas.*

*En el Título V se expresan los criterios aplicables a la negociación de acciones y valores por parte de sus órganos de dirección y administración.*

*En el Título VI se regula los derechos, obligaciones y reclamaciones de cumplimiento del Código de Buen Gobierno por parte de los accionistas e inversionistas.*

*El Título VII contiene todo lo referente a los Proveedores: Régimen aplicable, estatuto de contratación y los vínculos jurídicos entre proveedores, compradores y los accionistas mayoritarios, órganos directivos y de administración.*

*En el Título VIII se definen los riesgos a los que se encuentra sometida la actividad de ISA, así como la gestión integral para su manejo.*

*El Título IX define los conflictos de interés y los procedimiento de solución.*

*El Título X señala los estándares mínimos de información, los criterios para su suministro y los medios de publicación.*

*El Título XI señala la forma de divulgación y consulta del Código de Buen Gobierno<sup>521</sup>.*

El código de buen gobierno prevé los requisitos previstos en la Resolución 0275 y los principios generales de las prácticas del buen gobierno corporativo en general, cuales son: los derechos de los accionistas, el tratamiento equitativo, los derechos de terceros aportantes de recursos, la revelación de informes y transparencia, la responsabilidad de la junta directiva y las responsabilidades y deberes de los directores, administradores y alta gerencia.

Hoy en día ISA representa una de las sociedades más estables en la industria energética, con utilidades netas de hasta ciento un mil ciento nueve millones de

---

<sup>521</sup> <http://www.isa.com.co/>



pesos (101.109.000.000) en el año 2001. Además goza de una gran confiabilidad por parte del público y potenciales accionistas, como lo demuestra la demanda significativa en la segunda emisión de acciones realizada en mayo de 2002.

En cuanto al control interno que efectúan dentro de la sociedad, la Contraloría General de la Nación la ha calificado positivamente. Según el Informe del Contralor, *“ISA presenta una calificación de 0,00 que le asigna un bajo riesgo y le permite encabezar la lista de las 20 entidades en las cuales el control interno responde de manera razonable a niveles de efectividad; producto de la implementación, desarrollo y mantenimiento permanente del sistema”*.

14.9.1.2. Los Códigos de Buen Gobierno en las sociedades de economía mixta. Entre las sociedades de economía mixta del orden nacional, sólo unas pocas han adoptado códigos de buen gobierno. Tal es el caso de:

a. BANCAFE, sociedad de economía mixta, de la especie de las anónimas, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya Junta Directiva, en sesión del 13 de agosto de 2001 adoptó las *“Reglas de Buen Gobierno Corporativo, Códigos de ética y Conductas Empresariales y Normas sobre Información de Bancafé”*.

b. FIDUCOLDEX, no se adoptado un código de buen gobierno como tal, pero tienen un “Manual de Ética”, que consiste en un manual de procedimientos con el que obtuvo la certificación ISO 9000 y el “Plan Estratégico”.

c. La Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana CIAC S.A. adoptó el “Código de Ética y Valores”, y actualmente trabajan para conseguir la Normatividad Icontec ISO 9000 sobre políticas de calidad. Este código de ética es establecido para que todos los trabajadores se comprometan con el servicio que prestan a la sociedad y las relaciones que se deben establecer con cada uno de los objetivos.

Los objetivos propendidos por la Normatividad (aprobación ISO 9000) es el mejoramiento de la calidad del servicio y el autocontrol de cada uno de los procesos que realiza la Corporación para la consecución del objeto social.

d. Fondo Nacional de Garantías FNG, no ha adoptado formalmente un código de buen gobierno. Para las directivas del FNG *“dentro de la filosofía del Buen Gobierno Corporativo, más allá de la adopción de un código, son importantes las prácticas cotidianas”*. Entre las prácticas que ha identificado la entidad están:

- i. La profesionalización de la Junta Directiva, mediante la elección de personas que representan no sólo los intereses de los accionistas sino también intereses más amplios para el desarrollo económico y la confianza del sector financiero.
- ii. La protección de los accionistas minoritarios, mediante la exigencia de un número plural de accionistas en las decisiones de la Asamblea General y garantizando su representación en la Junta Directiva donde las decisiones se toman por mayoría.
- iii. Exigencia de estándares contables y organizacionales a las Mipymes que requieran garantías individuales del Fondo para sus créditos.
- iv. Control y prevención de conflictos de interés. Los miembros de la Junta Directiva y demás funcionarios del Fondo están sometidos al Código Disciplinario Único expedido mediante la Ley 732 de 2002 así como a la Ley de Control Fiscal<sup>522</sup>.

Aunque los manuales de ética, y códigos de valores son aproximaciones positivas a la conformación de un código de buen gobierno, éstas no satisfacen los principios y criterios del gobierno corporativo. En el caso de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana CIAC, el manual se limita al cumplimiento de sus deberes bajo ciertas requisitos de calidad por parte de los trabajadores, dejando a un lado la gestión gerencial y administrativa de la compañía que tiene la mayor incidencia en el funcionamiento de la sociedad.

---

<sup>522</sup> Derecho de petición No 6240 del 11-07-2002 del Fondo Nacional de Garantías

Por otra parte, las prácticas de buen gobierno corporativo que realiza el Fondo Nacional de Garantías, están implícitas en otros ordenamientos cuyas disposiciones hacen referencia a tales prácticas, como el código de comercio, la Ley 222 de 1995, entre otras; por tanto es necesario compilarlas en un código que las precise y regule expresamente *“con el fin de garantizar una recta gerencia, el derecho de los socios o accionistas, las responsabilidades de la junta directiva, la fluidez de la información y las relaciones con los grupos de interés”*<sup>523</sup>

#### 14.9.1.3 Relación de las sociedades de economía mixta y los códigos de Buen Gobierno

**Tabla 14. Códigos de Buen Gobierno**<sup>524</sup>

<b>SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	<b>CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO</b>
BANCAFÉ	REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.	NO
HOTEL SAN DIEGO S.A.	NO
FIDUCOLDEX	MANUAL DE ÉTICA
CIAC S.A.	CÓDIGO DE ÉTICA Y VALORES
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	NO
VECOL	NO
FINAGRO	NO
CENTRAL DE INVERSIONES S.A.	NO
BANESTADO	NO
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACIÓN	NO
ISA	CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO
BANCOLDEX	CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO <sup>525</sup>

#### 14.10 REPRESENTANTE LEGAL

Las sociedades de economía mixta por una parte, como entidades

<sup>523</sup> <http://www.confecamaras.org.co/>

<sup>524</sup> Esta tabla fue elaborada con datos actualizados hasta septiembre 18 de 2003.

<sup>525</sup> La entidad se abstiene de suministrarlo ya que no nos encontramos entre los destinatarios del código. Derecho de petición 009391 del 4 de julio de 2002

descentralizadas por servicios en el orden nacional según el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 tienen personería jurídica, es decir, que a pesar de ser parte de la estructura de la rama ejecutiva del poder público poseen una personalidad diferente de la que tiene el Estado propiamente dicho o la persona jurídica conocida como la Nación. Lo que le permite ser un sujeto de derecho distinto de ésta para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Por otra parte, como sociedades que son, el artículo 98 del Código de Comercio confirma lo anteriormente dicho, al decir “ *...La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*”.

#### **14.10.1 Generalidades**

14.10.1.1 Concepto. La persona jurídica requiere siempre en sus relaciones externas de alguien que la haga presente para manifestar su voluntad. Lo anterior debido a que la persona jurídica es una ficción legal<sup>526</sup> que carece de voluntad, incapaz de actuar como una persona física, su voluntad no es natural sino que se forma y manifiesta en los órganos de que esta dotada.<sup>527</sup> La voluntad de la sociedad es expresada por su representante legal, que es el órgano de relación con aptitud para actuar en nombre de ésta frente a terceros.

El órgano de representación legal carece de individualidad propia, distinta e independiente de la entidad a la cual representa, pues al formar un todo con ella los contratos que celebre y los actos que realice dentro de los poderes y facultades legales o estatutarios afectan a la persona jurídica como propios. Sin perjuicio de la responsabilidad que deba asumir el representante legal por la omisión o extralimitación de sus funciones.<sup>528</sup>

---

<sup>526</sup> Artículo 633 del Código Civil.

<sup>527</sup> NARVAEZ, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Octava edición, Editorial Legis . 1998

<sup>528</sup> En esta misma obra véase Capítulo XV

14.10.1.2 El representante legal es administrador de la sociedad. El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 confiere la investidura de administrador, entre otros, al representante legal, llámese presidente, gerente, gerente general o administrador. El profesor Francisco Reyes Villamizar<sup>529</sup> respecto de la mencionada disposición, opinión que compartimos, comenta: *“Esta norma desde el punto de vista positivo, determina los únicos funcionarios a los que se les aplica el estatuto de los administradores, por exclusión implica también, que quienes no están expresamente definidos como tales, escapan al estricto régimen de deberes y responsabilidades a que están sometidos aquellos. En efecto por tratarse de normas de carácter restrictivo, es natural que su aplicación no pueda hacerse extensiva por vía analógica a las personas que no están expresamente señaladas como sujetos de dicha regulación. Ello significa, así mismo, que los demás funcionarios responderán por los perjuicios que ocasione su actuación, de acuerdo con los principios que gobiernan el régimen general de la responsabilidad. [...] Es interesante observar, por otra parte, que para los efectos previstos en el nuevo estatuto, no se hace la tradicional distinción entre funcionarios de administración y de representación legal. Ello obedece, al parecer, a la necesidad práctica de establecer pautas comunes de conducta para unos y otros, así como mecanismos de responsabilidad aplicables en forma homogénea.”*(Negrita fuera de texto)

**a) El ejercicio de funciones administrativas confiere la calidad de administrador.** En la sociedad pueden existir personas que por razón a las funciones propias de sus cargos actúan en nombre de la sociedad como puede ser el caso de los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros administrativos, de producción y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad según las

---

<sup>529</sup> REYES VILLAMIZAR Francisco, Reforma al régimen de sociedades y concursos. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis..1999

disposiciones estatutarias o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas. De donde se concluye que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas.<sup>530</sup>

Al respecto Rodrigo Uría señala que “Conceptualmente son perfectamente separables y distintas las facultades administrativas o de mera gestión interna y las facultades representativas o de gestión externa, pero normalmente ambas facultades marchan unidas y se reúnen en quien tenga la condición de administrador.” El representante legal es administrador, en cambio, se pueden presentar administradores sin facultad para representar a la sociedad como son los miembros de la junta directiva que ni individual ni colectivamente representan al ente social.

**b) El suplente del representante legal es administrador.** La ley también confiere el carácter de administrador a aquellas personas que si bien no actúan como representantes legales tienen esa posibilidad, tal como sucede con los suplentes del representante legal cuya actuación está supeditada a la falta temporal o definitiva del principal.

14.10.1.3 Remisión al régimen de los administradores. En aras de profundizar el tema que se estudia es importante traer a colación lo expuesto en el título correspondiente a los “Administradores”<sup>531</sup> de la presente obra, pues en él se estudió el tema relacionado con los deberes de los administradores de las sociedades, impuestos a quienes detentan tal investidura, como es el caso del representante legal.

14.10.1.4 Poderes generales y especiales. El representante legal está dotado de poderes que emanan en primer lugar de la ley y en segundo lugar de los estatutos,

---

<sup>530</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 09 del 18 de julio de 1997

<sup>531</sup> LEY 222 de 1995 Art. 22-25. En esta misma obra En esta misma obra véase el numeral 14.5. “Administradores”, Capítulo XIV “Los órganos sociales en las sociedades de economía mixta”.

lo que no impide que el ente societario se valga eventualmente de conferir poderes representativos ya sean especiales o generales conforme a los estatutos dentro del marco legal.<sup>532</sup> Lo que significa que en toda persona jurídica suelen concurrir la **representación legal**<sup>533</sup> y la **representación voluntaria** cuando el órgano de representación confiere a una persona la facultad de expresar su voluntad frente a terceros y recibir de éstos manifestaciones de voluntad. En este caso se debe verificar la validez del apoderamiento, indagando en el caso particular si el representante legal está o no autorizado por la Ley o los estatutos o por un órgano de superior jerarquía para otorgarlo.

**a) La representación legal y el contrato de mandato comercial.** Resulta importante diferenciar tal como lo ha dicho la superintendencia de sociedades<sup>534</sup> la representación legal y el contrato de mandato comercial con representación. Por cuanto el acto de designación del representante legal no es igual a la constitución de un mandatario, *“pues mientras que en aquél no se hace otra cosa que elegir la persona que habrá de cumplir una función derivada de la existencia misma de la sociedad, en éste como se dijo, debe concurrir la voluntad de las partes en un contrato por el cual una de ellas se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio, bajo las instrucciones de quien lo confiere y a su nombre.”*

De éste tema se concluye que el otorgamiento de poderes por el representante legal no difiere o delega la representación legal en el mandatario, pues esta siempre estará en cabeza del primero.

#### **14.10.2 Designación del Representante Legal.** Como se ha señalado al inicio

---

<sup>532</sup>“Apenas hace falta decir que la representación legal de los administradores es compatible con apoderamientos aislados (representaciones voluntarias) que la sociedad pueda conceder a favor de cualquier persona para asuntos concretos que no sean indelegables por estar expresamente encomendados a aquellos por la Ley o los estatutos.” URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Vigésima tercera edición. Marcial Pons 1996.

<sup>533</sup> “su capacidad está limitada por el **principio de especialidad** que les prohíbe realizar actos con fines distintos a aquellos para los cuales se crearon. Estos fines, como ya se dijo están determinados en los estatutos. En ARANGO, Mejía Jorge. *Derecho Civil Personas*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1991.

<sup>534</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, oficio 13980 del 19 de julio de 1987.

del presente capítulo, la proporción del capital que radique en cabeza del Estado en las sociedades de economía mixta determinará la aplicación del régimen comercial o el régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado contemplado en la Ley 489 de 1998, diferenciándose en estos dos ordenamientos la forma de elegir al representante legal.

Consideramos que el nombramiento del representante legal en las sociedades de economía mixta, en particular, aquellas sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado es uno de los temas problemáticos dentro del estudio que estamos realizando del órgano de la representación legal, por lo cual anticipamos desde ahora la preocupación que éste tema nos suscita.

#### 14.10.2.1 Código de Comercio

**a) Competencia de la Junta de Socios.** Según el ordenamiento mercantil en las sociedades donde predomina el *intuitus personae* la ley reconoce la facultad de todos los socios y cada uno de ellos para representar la sociedad, sin embargo se podrá pactar el ejercicio distinto de esta función otorgándola a uno o a varios de los socios administradores y aun a quienes no tengan tal calidad.

Dispone el artículo 198 del Código de Comercio que la representación legal de la sociedad cuando no incumba a determinada clase de socios, el nombramiento y remoción de gerente y sus suplentes corresponderá, en principio, al órgano supremo de la sociedad. Así mismo menciona la posibilidad de delegar tal elección a las juntas directivas elegidas por la junta de socios por disposición expresa en los estatutos; así por ejemplo la elección del representante legal de las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada se hará por la junta de socios, cuando las funciones de administración y representación no estén a cargo de todos los socios o de alguno de ellos, porque la han delegado a terceros o a consocios. En todo caso, si en estas sociedades se ha previsto la existencia de la junta directiva, la elección del representante legal, podrá delegarse estatutariamente a éste órgano



social.

**b) Competencia de la Junta Directiva.** En las sociedades de economía mixta del orden nacional el tipo social de preferencia ha sido el de la sociedad anónima como se ha mencionado a lo largo de la presente obra.

En la sociedad anónima el representante legal con uno o más suplentes son designados por la junta directiva, pero estatutariamente puede establecerse que los nombre la asamblea de accionistas, según el artículo 440 del Código de Comercio.

A título de ejemplo en BANCOLDEX S.A., Banco de Comercio Exterior de Colombia, sociedad de economía mixta del orden nacional vinculada al Ministerio de Comercio Exterior, en el artículo 52 de los estatutos sociales establece la elección del representante legal o presidente por la Junta Directiva de la Sociedad. Aspecto que llama la atención pues siendo una sociedad sometida al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, el gerente debería ser nombrado por el Presidente de la República por expresa disposición del artículo 91 de la Ley 489 de 1998.

Así mismo se prevé la elección del representante legal por la junta directiva en la sociedad anónima VECOL S.A. sociedad de economía mixta del orden nacional vinculada al Ministerio de Agricultura, que por tener el 81% de capital estatal esta sometida al derecho privado.

**c) El acto de nombramiento no implica una reforma estatutaria.** El artículo 163 del Código de Comercio dispone que la designación o remoción de los administradores y de los revisores fiscales no tienen el carácter de reformas estatutarias y han de estimarse simplemente como actos cumplidos en desarrollo o ejecución del contrato social, los cuales no están sujetos a más formalidades que la de la inscripción en el registro mercantil de la copia auténtica del acta respectiva.

Sin embargo, cabe precisar que existen casos excepcionales en los cuales el nombramiento de un administrador o su remoción alcanzan la importancia de auténticas reformas del contrato social.

Generalmente la designación del representante legal y su suplente se realiza en la escritura constitutiva o en el acto posterior en el que se estipule la designación.<sup>535</sup>

**d) Inscripción del nombramiento en el registro mercantil.** El nombramiento del representante legal debe ser inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal del ente societario, al igual que en las Cámaras de Comercio de los domicilios secundarios cuando la sociedad tenga sucursales. En los artículos 28, 163, 164, 313, 196, 227, 441, 442 del Código de Comercio se establece expresamente la obligación de inscribir el nombramiento del representante legal de la sociedad y la función de publicidad que mediante el registro se cumple frente a los terceros.

El artículo 13 de la Resolución 1353 de 1983 la Superintendencia de Industria y Comercio manifiesta:

*“Para que proceda el registro de los actos por medio de los cuales se designen los representantes legales, los miembros de las juntas directivas, los liquidadores y revisores fiscales, será necesario que ante la Cámara de Comercio correspondiente se acredite que la persona postulada aceptó la designación mediante documento autenticado. En todo caso deberá constar el documento de identificación de la persona designada a efecto de designar el nombramiento correspondiente.”*

- Control de legalidad de las cámaras de comercio

El artículo 163 del Código de Comercio dispone que las cámaras de comercio deberán abstenerse de inscribir los nombramientos o remociones del representante

---

<sup>535</sup> CÓDIGO DE COMERCIO Art. 110 “ La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: [...] No. 12. Nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda por la Ley o por el contrato, a todos o algunos de asociados.

legal cuando juzguen que no se han cumplido al respecto las prescripciones de la ley o el contrato. Enrique Gaviria Gutiérrez frente a esta función de las Cámaras de comercio, considera que *“Merece reparos esta disposición porque las cámaras de comercio son entidades encargadas simplemente de llevar el registro mercantil, sin que en ningún momento puedan ejercer funciones jurisdiccionales mediante la calificación como legal o ilegal de determinado nombramiento o remoción, porque una decisión de tal índole sólo podría ser tomada por los jueces de la República, los únicos que están facultados para desatar controversias y definir derechos.”*<sup>536</sup> Sobre el particular consideramos que las cámaras de comercio al abstenerse de inscribir nombramientos o remociones contrarios a la ley no están despeñando una función judicial, sino simplemente dentro de la función administrativa que se les ha atribuido, pueden evitar la inscripción de actos ostensiblemente ilegales.

En este mismo sentido la Cámara de Comercio de Bogotá señala para la procedencia de la inscripción de los actos de designación o revocación de los representantes legales *“las cámaras deben entrar a verificar el cumplimiento tanto de las prescripciones de la ley como el contrato social, debiendo abstenerse de realizar el correspondiente registro, en el evento de inobservancia de unas u otras disposiciones.”*<sup>537</sup>

- Registro de los poderes generales o especiales

Tratándose de los actos mediante los cuales se confiere poder general o especial debe tenerse presente que estos no están sujetos a registro, pues como se dijo anteriormente tales apoderados no pueden reputarse representantes legales por lo tanto no les asiste cumplir con la mencionada obligación.<sup>538</sup>

---

<sup>536</sup> GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Las sociedades en el nuevo Código de Comercio. Tercera edición. Editorial Temis, 1984.

<sup>537</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Doctrina mercantil 1989, pág 209. En el mismo sentido En esta misma obra véase la sentencia del 5 de agosto de 1994 del Consejo de Estado

<sup>538</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220- 77309 del 11 de agosto de 1999.

- Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado

La Ley 498 de 1998 en el parágrafo del Artículo 97 dispone la aplicación del régimen de empresa industrial y comercial a las sociedades de economía mixta cuyo capital estatal sea igual o superior al 90% en lo relacionado al desarrollo de las actividades y régimen de los servidores de la sociedad.

El representante legal en las sociedades de economía mixta sujetas al régimen referido es agente Presidente de la República de su libre nombramiento y remoción. El Presidente ejerce esta facultad en su condición de suprema autoridad administrativa tal como lo dispone el artículo 115 de la Constitución Política<sup>539</sup>.

La elección del representante legal por el Presidente de la República en las sociedades de economía mixta del orden nacional se encuentran en las siguientes disposiciones:

**Tabla 15. Disposiciones sobre la elección del Representante Legal**

<b>Sociedad de Economía Mixta</b>	<b>Disposición</b>
Banco del Estado	Artículo 22 Estatutos Sociales
Central de Inversiones S.A.	Artículo 33 Estatutos Sociales
Artesanías de Colombia S.A.	Artículo 32 Estatutos Sociales
Instituto de Fomento Industrial	Escritura Pública No. 4167 del 28 de septiembre de 2001, notaria primera del circulo de Bogotá.
Fondo Nacional de Garantías	En respuesta del Derecho de Petición interpuesto No 6240 del 11-07-2002.
Corporación de la Industria Aeronáutica	En respuesta del Derecho de Petición interpuesto.
Hotel San Diego S.A. Hotel Tequendama	En respuesta del Derecho de Petición interpuesto
Banco Agrario	En respuesta del Derecho de Petición interpuesto
<b>Finagro S.A.</b>	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil

### 14.10.3 Persona encargada de ejercer la representación legal

<sup>539</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 115 “El Presidente de la República es Jefe de Estado, Jefe del gobierno, y *suprema autoridad administrativa*”

14.10.3.1 Código de Comercio. La representación de la sociedad no es voluntaria, pues los socios no pueden prescindir de ella por ser la ley su fuente como lo señala entre otros artículos del Código de Comercio el numeral 12 del artículo 110 cuando dispone *“en la escritura social se debe indicar el nombre y el domicilio de la persona o personas que van a representar legalmente a la sociedad, cuando dicha función no corresponda, por la Ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados.”*

**a) Particularidad en las sociedades de economía mixta.** En las sociedades de economía mixta cuya participación del Estado es inferior al 90% del capital social, por lo tanto sujetas en todo lo que a ellas respecta al derecho privado, no existe estipulación especial dentro del ordenamiento mercantil sobre las calidades que debe reunir el representante legal de dichas sociedades. Así mismo no existen criterios definidos para la escogencia del mismo por parte de los órganos sociales competentes. Aspectos que consideramos se deben entrar a regular definiendo los criterios de escogencia y calidades del representante legal pues éste no puede ser cualquiera, pues el interés público que se halla inmerso en las sociedades de economía mixta demanda una mayor responsabilidad y cuidado en los cargos de directivos de estas sociedades, regulación que podría reducir el campo para los intereses de socios o personas inescrupulosas que pretenden sacar beneficios personales en detrimento del interés del ente social y por ende de la sociedad en general.

14.10.3.2 Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Según lo expuesto anteriormente al Presidente de la República le corresponde nombrar a los representantes legales de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.

El Decreto 861 de 2000 establece los requisitos generales para acceder a los

empleos públicos de las entidades del orden nacional, entre los que se encuentran la representación legal. Consideramos que tales requisitos son insuficientes o más aún creemos que en la práctica pueden pasar desapercibidos a la hora de un nombramiento que por ser éste un acto discrecional por parte del Presidente de la República se puede dar cabida al subjetivismo y al pago de favores políticos, lo que puede llevar a que este tipo de cargos sean ocupados por personas no calificadas para ello, colocando en juego el interés y bienestar general.

Ponemos de presente la necesidad de implementar instrumentos como la meritocracia para que sean los “*mejores*” quienes tengan en sus manos la dirección de empresas mediante las cuales el Estado se ha propuesto alcanzar sus fines. La realidad demanda tales cambios, no es por nada que la empresa estatal colombiana ha entrado en crisis, no es por nada que el presente gobierno haya tenido que hacer profundas transformaciones en sus empresas unas siendo liquidadas y otras reestructuradas, casos como los de Telecom, Ecopetrol, Instituto de los Seguros Sociales, Cajanal y Caprecom para citar algunos, nos muestran que por ineficientes y corruptas administraciones se pone en peligro la prestación de servicios fundamentales para la sociedad y en tela de juicio la eficiencia del Estado.<sup>540</sup>

No obstante lo anterior queremos presentar a continuación lo que nuestro ordenamiento dispone en relación con la elección del representante legal de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.

**a) Decreto 861 de 2000.** El Decreto 861 de 2000 por el cual se establecen las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del orden nacional en su artículo primero estableció el campo de

---

<sup>540</sup> REVISTA CAMBIO. Artículo “*El primer round*”, “*¿Neoliberalismo o sentido común?*” 30 de junio de 2003, No 522, p. 44, 98. Periódico EL TIEMPO. Artículo “*Qué ganó y que perdió el país*” 29 de junio de 2003.

aplicación del mismo, dentro del cual se encuentran las sociedades de economía mixta del orden nacional sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.

- Factores que determinan los requisitos de los empleos públicos

Los factores que se tendrán en cuenta para determinar los requisitos de los empleos públicos de que trata el Decreto 861 de 2000 son:

- La educación formal

Los estudios<sup>541</sup> correspondientes a la educación formal se acreditarán con la presentación de certificados, diplomas o títulos otorgados por las instituciones correspondientes; para su validez requerirán de los registros y autenticaciones previstas por la ley. La tarjeta o matrícula profesional excluye la presentación de tales documentos.

En relación con los títulos y certificados obtenidos en el exterior para su validez requerirán de las autenticaciones, registros y equivalencias determinadas por el Ministerio de Educación Nacional y el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.

Los funcionarios que hayan tomado posesión de sus cargos con anterioridad a la vigencia del Decreto 861 de 2000 dispondrán del término de dos años para hacer las acreditaciones respectivas.

- La educación no formal

---

<sup>541</sup> Se entiende por estudios, *“la serie de conocimientos académicos, realizados en instituciones públicas o privadas debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional, correspondientes a la educación básica primaria, básica secundaria, media vocacional; superior en los programas de pregrado en las modalidades de formación técnica profesional, tecnológica y universitaria, y en programas de posgrado en las modalidades de especialización, maestría y doctorado”*. Decreto 861 de 2000 artículo 10.

Según la especificidad de las funciones de algunos empleos se pueden exigir cursos específicos de educación no formal orientados a garantizar su desempeño con el fin de lograr el desarrollo de determinados conocimientos, aptitudes o habilidades. Tales estudios se acreditarán mediante certificados de aprobación expedidos por las entidades debidamente autorizadas para ello.

- La experiencia

Experiencia profesional: es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pónsum académico de la respectiva formación técnica profesional, tecnológica o universitaria, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o especialidad.

La experiencia específica: es la adquirida en el ejercicio de las funciones de un empleo en particular o en una determinada área de trabajo o área de la profesión.

La experiencia relacionada: es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer.

La experiencia general: es la adquirida con el ejercicio de cualquier empleo o profesión.

La experiencia docente: es la adquirida en el ejercicio de las actividades de divulgación del conocimiento adelantadas en instituciones educativas debidamente reconocidas.

- Requisitos generales para el cargo de representante legal

Según el artículo 17 del Decreto en estudio los requisitos de los empleos del nivel directivos son:



**Tabla 16. Requisitos Generales para los directivos**

Grado	Requisitos Generales
01	Título universitario y doce (12) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
02	Título universitario y quince (15) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
03	Título universitario y dieciocho (18) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
04	Título universitario y veintiún (21) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
05	Título universitario y veinticuatro (24) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
06	Título universitario y veintisiete (27) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
07	Título universitario y treinta (30) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
08	Título universitario y treinta y tres (33) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
09	Título universitario y treinta y seis (36) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
010	Título universitario y treinta y nueve (39) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
011	Título universitario y cuarenta y dos (42) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
012	Título universitario y cuarenta y cinco (45) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
013	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y doce (12) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
014	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y quince (15) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
15	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y dieciocho (18) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
016	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y veintiún (21) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
017	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y veinticuatro (24) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
018	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y veintisiete (27) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
019	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y treinta (30) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
020	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y treinta y tres (33) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
021	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y treinta y seis (36) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
022	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y treinta y nueve (39) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
023	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y cuarenta y dos (42) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
024	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y cuarenta y cinco (45) meses de experiencia profesional específica o relacionada.
025	Título universitario, título de formación avanzada o de posgrado y cuarenta y ocho (48) meses de experiencia profesional específica o relacionada.

\* *Actuales representantes legales de las sociedades de economía mixta*

En el siguiente cuadro citamos los nombres de los actuales representantes legales de las sociedades de economía mixta en el orden nacional.

**Tabla 17. Representantes Legales actuales**

<b>Sociedad</b>	<b>Representante legal</b>
BANCAFE	Pedro Nel Ospina Santa María
CENTRAL DE INVERSIONES. CISA	Jaime de Gamboa Gamboa
LA PREVISORA S.A.	Álvaro Ramón Escallón
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	Cecilia Duque Duque.
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI)	Alberto Montoya Puyana
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	Juan Carlos Durán
CORABASTOS S.A.	Hernando Villalba Ortiz
VECOL S.A.	José Elías Borrero Solano
CORPORACIÓN DE INDUSTRIA AERONAUTICA S.A.	Alberto Gómez Méndez
SOCIEDAD HOTEL SANTIAGO S.A. HOTEL TEQUENDAMA	MAYOR GENERAL (R) Orlando Salazar Gil

**Fuente:** Certificados de existencia y representación legal a julio de 2003 expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá.

- Régimen de Inhabilidades, Incompatibilidades y Conflicto de Intereses

El representante legal de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado es empleado público sometido al régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesto para tales, según lo previsto en el artículo 102 de la Ley 489 que dice:

*“Inhabilidades e incompatibilidades. Los **representantes legales** y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las **Sociedades de Economía Mixta** en las que la nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”.* (Negrita fuera de texto)

*Inhabilidades*<sup>542</sup>. La Ley 128 de 1976 fue derogada por la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 Código Disciplinario Único en la cual se establecen las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses de los Empleados Públicos<sup>543</sup>.

Las inhabilidades para desempeñar el cargo de representación legal en las sociedades de economía mixta, según lo dispuesto en los artículos 36 al 38 del Código Único Disciplinario, son:

- a. Haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.
- b. Haber sido sancionado disciplinariamente tres veces o más veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.
- c. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.
- d. Haber sido declarado responsable fiscalmente. Esta inhabilidad impedirá contratar con el Estado, además de inhabilitar el ejercicio de cargos públicos durante los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. La inhabilidad cesará cuando la Contraloría declare haber recibido el pago o, si éste no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al

---

<sup>542</sup> Entiéndase por inhabilidades aquellas prohibiciones legales previstas para aquél que desea acceder a un cargo.

<sup>543</sup> “ *Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la Ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de las juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal*” Artículo 41 Ley 734 de 2002.

responsable del boletín de responsables fiscales. Si han pasado cinco años sin que ello ocurra, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

e. El servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio público, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, según el artículo 122 de la Constitución Política.

*Incompatibilidades*<sup>544</sup>. El Código Disciplinario Único en el artículo 39 numeral 2 establece como incompatibilidad de todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

*Conflicto de Intereses*. El representante legal se encontrará en conflicto de intereses y deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o en su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.<sup>545</sup>

---

<sup>544</sup> Entiéndase por incompatibilidades aquellas prohibiciones legales, las cuales no pueden ser violadas por aquel que desempeña un cargo.

<sup>545</sup> LEY 734 de 2002, art. 40 Código Disciplinario Único.

*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil.* Algunas de las sociedades de economía mixta en el orden nacional están sometidas a las normas especiales establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil por estar constituidas como establecimientos de crédito o sociedades que prestan servicios financieros, tal es el caso de BANCAFE, Banco del Estado, Fiducoldex, Fiduciaria la Previsora S.A, entre otras. En estas disposiciones se consagran particularidades en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del representante legal.

- a. Los gerentes de los establecimientos bancarios no podrán pertenecer a las juntas directivas de otros establecimientos de crédito. Sin embargo podrán ser parte de las juntas directivas de las corporaciones financieras y corporaciones de ahorro y vivienda de las cuales los establecimientos de crédito sean accionistas.<sup>546</sup>
- b. Los representantes legales de las sociedades de servicios financieros no podrán ser administradores o empleados del establecimiento matriz. Sin embargo el representante legal de la sociedad matriz podrá ser parte de la junta directiva de la sociedad subordinada, aun en aquellos eventos en que la matriz posea títulos inscritos en bolsa.<sup>547</sup>

#### **14.10.4. Ejercicio de la Representación legal**

14.10.4.1. Código de Comercio. Según el ordenamiento mercantil la representación legal de la sociedad debe ejercerse según lo dispuesto en los estatutos sociales. Cuando tales cláusulas sean deficientes o simplemente guarden silencio se presume según lo señalado en el artículo 196 del Código de Comercio que éste puede ejecutar todos los actos comprendidos dentro del objeto

---

<sup>546</sup> Artículo 75 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

<sup>547</sup> Artículo 76 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

social<sup>548</sup> o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

*“... A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad...”*

*Sin embargo cualquier limitación a las facultades del representante deberá costar en los estatutos sociales debidamente inscritos.*

*“...Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no será oponibles a terceros.”*

Frente a este inciso del artículo 196 del Código de Comercio, debe precisarse que en el caso de establecerse limitaciones mediante pacto estatutario, el levantamiento, modificación o supresión de las mismas solamente puede efectuarse cumplidas idénticas formalidades.

Respecto al ejercicio de la representación legal la Cámara de Comercio<sup>549</sup> ha expresado:

a. Cuando el Representante legal tenga que efectuar negociaciones que sobrepasen los límites estipulados en los estatutos, deberá obtener autorización previa de la junta directiva.

b. El acta en que conste la autorización para el representante legal de realizar determinados negocios no requiere de inscripción en el registro mercantil, puesto

---

<sup>548</sup> “En el ámbito de la representación se extiende tanto a los actos directamente comprendidos en el objeto social, como aquellos otros (actos conexos) que constituyan medios auxiliares para el desarrollo de ese objeto”. “No obstante lo expuesto, hay que señalar que en las relaciones de la sociedad con terceros, el ámbito del objeto social no actúa como límite a efectos de la responsabilidad de la sociedad por actos de sus administradores”. Op. Cit. URÍA, Rodrigo. En esta misma obra véase el Capítulo XIII “Objeto social de las sociedades de economía mixta”.

<sup>549</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Comunicación No. 18473, de fecha octubre 5 de 1988.

que las autorizaciones se agotan cuando se ha realizado el acto autorizado y en atención a que las mismas son transitorias y sólo interesan a las personas que van a contratar con la sociedad.

c. Si se trata de modificar en forma permanente las facultades del representante legal deberá adoptarse una reforma estatutaria por el órgano competente, la cual se reducirá a escritura pública en los términos consagrados en el artículo 158 y siguientes del Código de Comercio.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades<sup>550</sup> ha señalado que:

a. Los dos aspectos a tener en cuenta para determinar la viabilidad de las actuaciones del representante legal son la capacidad de la sociedad y las facultades de los administradores.

b. La capacidad de las sociedades mercantiles admite tres clases de actos a saber: los que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social, los que se relacionan directamente con las actividades principales, y los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales o convencionales de la sociedad.

**a) Particularidad en las sociedades de economía mixta.** Tal como señalamos en el título correspondiente a la designación del representante legal en las sociedades de economía mixta cuyo régimen aplicable es el derecho privado, la necesidad de establecer los criterios para la selección del representante legal. Así mismo hacemos similar observación con respecto a la fijación de criterios claros para el ejercicio de las funciones del representante legal en este tipo de sociedades, pues consideramos que lo dispuesto en el ordenamiento mercantil en

---

<sup>550</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Oficio 220-394 del 8 de enero de 1998. Resolución 320-2279 del 22 de septiembre de 1995.

relación con las funciones y facultades del representante legal es insuficiente frente a la importancia del papel que desempeña este mismo funcionario en una sociedad en donde concurren el capital estatal y particular cuyo cargo debe contemplar la realización de los fines estatales.

Por el contrario este yerro no se presenta en el ejercicio de la representación legal en las sociedades de economía mixta cuyo régimen jurídico es asimilado al de empresa industrial y comercial del Estado, pues el Decreto 861 de 2000 se ocupó de señalar funciones adicionales del representante legal de tales entidades, además de las dispuestas en el del estatuto mercantil.

No obstante lo anterior se expondrá a continuación las facultades del representante legal según lo dispuesto por el Código de Comercio.

## **b) Funciones del Representante Legal**

### **1. Dirección de la sociedad**

Al representante legal le corresponde dirigir a la sociedad conforme a las directrices trazadas por la Junta Directiva, disposiciones legales y los estatutos sociales. El concepto de dirección entraña nociones tales como:

- a. La facultad de organizar internamente al ente societario mediante la contratación y remoción de empleados de la sociedad cuyo nombramiento y remoción no corresponda a la asamblea general de accionistas ni a la junta directiva y, la creación con carácter permanente o transitorio comisiones o comités y grupos internos de trabajo.
- b. La adecuada planeación de proyectos y políticas para el buen funcionamiento de la sociedad y desarrollo del objeto social.
- c. La coordinación de esfuerzos dentro del ente social a través de instrucciones y órdenes dirigidas a todo el personal.
- d. La gestión de los intereses de los socios y terceros que tengan relación con el



ente social.

e. La adopción de medidas para la conservación de los bienes sociales

\* *Particularidad en las sociedades de economía mixta.* Sin perjuicio de lo anterior, la facultad de dirección del representante legal de una sociedad de economía mixta implica la sujeción de tal atribución a lo dispuesto por el Ministro del ramo y jefe de departamento administrativo correspondiente, según la política general dispuesta por el Gobierno nacional. Ello en virtud del poder de tutela de la administración estatal sobre las entidades descentralizadas.<sup>551</sup>

En el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 en el que se establecen las funciones de los ministerios y departamentos administrativos se señala sobre el particular:

*“ Artículo 59. Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en las leyes especiales:*

*6. Participar en la formulación de la política del gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución*

*7. Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las **sociedades de economía mixta** que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas.”.*(Negrita fuera de texto).

En este mismo sentido el artículo 61 de la ley 489 de 1998 en relación con las funciones de los ministros dispone:

*“ Artículo 61. Funciones de los ministros. Son funciones de los ministros, además de las que señala la Constitución Política y las disposiciones legales especiales, las siguientes:*

*b) Participar en la orientación, coordinación y control de las superintendencias, entidades descentralizadas y **sociedades de economía mixta**, adscritas o vinculadas a su despacho, conforme a las leyes y a los respectivos estatutos.”*(Negrita fuera de texto)

- Ejecución de las decisiones de la Junta Directiva

---

<sup>551</sup> En esta misma obra véase numeral 3.1.5. y numeral 9.1.5.

Al representante legal le corresponde ejecutar las decisiones que adopte la Junta Directiva. Esta facultad se relaciona con la anterior en el sentido que en las sociedades de economía mixta uno de los miembros de la junta directiva es el ministro del ramo correspondiente posición desde la cual éste puede ejercer las funciones dispuestas por la constitución y la ley para con aquellas.

- Constitución de apoderados

El representante legal como se mencionó al inicio del presente título podrá constituir apoderados que representen a la sociedad en asuntos judiciales y extrajudiciales.<sup>552</sup>

- Convocatoria a reuniones

Le corresponde al representante legal convocar a reuniones extraordinarias a la asamblea general de accionistas y a la junta directiva cuando las necesidades imprevistas o urgentes de la sociedad así lo demanden según lo dispuesto en el artículo 423 del Código de Comercio.

- Presentación de informes

\* *Informe de Gestión.* El representante legal deberá dar a conocer a los demás órganos sociales cuando estos lo soliciten, cual ha sido su gestión y cuál ha sido el resultado de ella.

El informe de gestión seguirá los lineamientos mínimos establecidos por el artículo 47 de la Ley 222 de 1995 modificado por el artículo 1 de la Ley 603 de 2000, el cual complementó el artículo 318 del Código de Comercio.

El informe de gestión deberá contener:

---

<sup>552</sup> En esta misma obra véase numeral 14.10.1.4.

- a. Una exposición sobre la evolución de los negocios sociales, la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad.
- b. Indicación de los acontecimientos más importantes ocurridos después del ejercicio.
- c. Las proyecciones de los negocios sociales.
- d. Las operaciones celebradas con los socios y con los administradores.
- e. El estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad.

\* *Rendición de Cuentas.* El representante legal deberá rendir cuentas de su gestión en tres momentos a saber: dentro del mes siguiente a la fecha de retiro del cargo, al final de cada ejercicio contable y cuando se lo soliciten las personas autorizadas en la ley.

Para tal efecto deberá presentar los estados financieros correspondientes con un informe de gestión con las características anteriormente citadas.

Según está obligación, el representante explicará a los socios el manejo del patrimonio social, de los activos y pasivos, de las inversiones que se hayan efectuado, los gastos, el producido social, etc.

Particularmente el artículo 46 de la Ley 222 de 1995 establece el contenido del informe de rendición de cuentas que deberá presentarse al final de cada ejercicio contable, sin perjuicio de que puedan ser tratados otros aspectos que allí no se encuentran mencionados. Tal informe deberá contener:

- a. Un informe de gestión.
- b. Los estados financieros de propósito general junto con sus notas.
- c. El proyecto de distribución de las utilidades repartibles.
- d. Los dictámenes sobre los estados financieros y los demás informes emitidos por el revisor fiscal.

\* *Informe al Gobierno nacional.* Por virtud del control de tutela el Presidente de la República y los Ministros del ramo correspondiente podrán pedirle al representante legal de una sociedad de economía mixta un informe donde se contemple la marcha de los negocios sociales.

- Reglamento interno del trabajo

Le compete al representante legal adoptar el reglamento interno del trabajo, el manual de procedimientos, funciones y requisitos de los empleos al interior de la sociedad para el cumplimiento de los objetivos de la misma.

- Elaboración del proyecto de presupuesto

El representante legal debe someter a consideración de la junta directiva, el proyecto de presupuesto de funcionamiento e inversión de la sociedad, así como los traslados presupuestales necesarios.

Una vez aprobado el proyecto deberá ordenar los gastos con cargo al mismo de acuerdo con las normas sobre la materia y los acuerdos de junta directiva.

El representante legal también deberá ejercer el control administrativo sobre la ejecución del presupuesto de la sociedad.

\* *Particularidad en las sociedades de economía mixta.* Las sociedades de economía mixta gozan de autonomía financiera, sin embargo aquellas sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado se les aplicará las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, Decreto-Ley 111 de 1996,<sup>553</sup> que expresamente se refieran a ellas.

- Celebración de actos y contratos

Le corresponde al representante legal celebrar los actos y contratos que requiera

---

<sup>553</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.4.

la sociedad para su normal funcionamiento de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Esta atribución merece mayores precisiones por lo que remitimos el estudio del mismo al título correspondiente de esta obra.<sup>554</sup>

- Delegación de funciones

El representante legal podrá delegar en otros funcionarios de la sociedad alguna o algunas de sus funciones previa autorización de la junta directiva. Pero en ningún caso podrá delegar totalmente su función, sin embargo para negocios específicos puede constituir apoderados cuya gestión se agota una vez cumplido el encargo a ellos confiado.

- Participación en la política gubernamental

Las sociedades de economía mixta participarán en la formulación de la política gubernamental del sector que corresponda, además participarán en la elaboración y ejecución de los programas sectoriales a través de su representante legal o de la persona que este designe en su defecto.

Lo anterior se colige del artículo 46 de la ley 498 de 1998 cuando dispone:

*“ Artículo 46. Participación de las entidades descentralizadas en la política gubernamental. Los organismos y **entidades descentralizadas** participarán en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos, bajo la orientación de los ministerios y departamentos administrativos respectivos.”*(Negrita fuera de texto)

---

<sup>554</sup> En esta misma obra véase numeral 14.10.5.

14.10.4.2. Régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Tal como lo anunciamos anteriormente en las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, el Decreto 861 de 2000 estableció las funciones generales del representante legal.

**a) Decreto 861 de 2000.** El artículo 2 del Decreto 861 de 2000 fijó las funciones de los empleados públicos de las entidades del orden nacional entre las que se encuentran las del nivel directivo aplicables a los representantes legales de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, complementando de esta manera el régimen comercial, las disposiciones estatutarias y las normas de derecho público que tratan la materia.

Son funciones del representante legal:

- a. La fijación de políticas y adopción de los planes generales de la sociedad. Le corresponderá velar por el cumplimiento de los términos y condiciones establecidos para su ejecución.
- b. La dirección, control y vigilancia del cumplimiento de los objetivos de la sociedad, en concordancia con los planes de desarrollo y las políticas trazadas.
- c. Le corresponderá organizar el funcionamiento de la sociedad, proponer ajustes a la organización interna y demás disposiciones que regulan los procedimientos y trámites internos.
- d. Deberá nombrar, remover y administrar el personal, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.
- e. Podrá representar al país por delegación del gobierno en reuniones nacionales e internacionales, relacionadas con asuntos de competencia de la entidad o del sector.
- f. Deberá adelantar las gestiones necesarias para asegurar el oportuno cumplimiento de los planes, programas y proyectos y adoptar sistemas o canales de información para la ejecución y seguimiento de los planes del sector.

- g. Asistir a las reuniones de los consejos, juntas, comités y demás cuerpos en que tenga asiento la entidad o efectuar las delegaciones pertinentes.

**b). Caso particular: Instituto de Fomento Industrial.** Para una mayor ilustración sobre el ejercicio de la representación legal en las sociedades de economía mixta, tomamos como ejemplo el Instituto de Fomento Industrial, sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculado al Ministerio de Desarrollo económico, cuyo régimen es el de empresa industrial y comercial del Estado. Transcribimos a continuación la norma estatutaria que contempla las funciones del representante legal de la entidad.

*“Artículo 53: Son funciones del Presidente*

- a. Representar legalmente a la sociedad*
- b. Ejecutar las decisiones de la Asamblea de Accionistas o de la Junta directiva.*
- c. Celebrar y firmar los contratos y obligaciones y ejecutar los demás actos de la sociedad.*
- d. Poner a disposición de los accionistas con quince días hábiles de anticipación, por lo menos, a la reunión ordinaria de la Asamblea, el inventario, el balance, las cuentas y una memoria razonada sobre la marcha de los negocios sociales, con el proyecto de distribución de utilidades si las hubiere, debidamente aprobado por la Junta Directiva y con la opinión del Revisor Fiscal.*
- e. Dirigir la Contabilidad, velando porque se cumplan las normas legales que la regulan.*
- f. Someter las diferencias del Instituto de fomento industrial S.A. con terceras personas, a la decisión de árbitros o de amigables componedores, o transigirlas o llevarlas ante la jurisdicción competente según el caso, previa la aprobación de la Junta Directiva.*
- g. Constituir apoderados generales o especiales que representen al Instituto de Fomento Industrial S.A. para asuntos especiales.*
- h. Rendir cuenta justificada de su gestión en los casos señalados por la ley.*
- i. Convocar a la Junta directiva cuando se trate de reuniones ordinarias y extraordinarias.*
- j. Ejecutar y hacer ejecutar todas las operaciones comprendidas dentro del objeto social.*
- k. Controlar el personal necesario para el desempeño de sus cargos creados por la Junta directiva y resolver sobre sus renunciaciones.*

- l. Solicitar al Presidente de la República o a quien corresponda, de conformidad con la ley, la designación del Contralor o Auditor interno, el cual será empleado público.*
- m. Presentar a la consideración de la Junta Directiva los planes y programas que debe desarrollar el IFI, así como el proyecto de presupuesto.*
- n. Llevar a la Junta Directiva su concepto sobre las solicitudes de financiación presentadas a la entidad.*
- o. Velar por la correcta aplicación de los fondos y el debido mantenimiento y utilización de los bienes de la sociedad.*
- p. Proveer el recaudo de los ingresos, ordenar los gastos y en general, dirigir las operaciones propias del IFI, dentro de las prescripciones de la Ley, los decretos y disposiciones de la Junta Directiva.*
- q. Delegar a los Vicepresidentes la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la ordenación del gasto y la realización de licitaciones o concursos. La Junta Directiva fijará las cuantías para las delegaciones.*
- r. Constituir los órganos consultivos y decisorios que considere indispensables, con el fin de propender por la organización y buen funcionamiento del IFI.*
- s. Las demás funciones que le señale la Junta Directiva, las leyes o decretos y en general, todas aquellas que se relacionen con la organización y funcionamiento del IFI, en concordancia con la funciones asignadas a los demás órganos de administración de la sociedad.”*

En esta disposición estatutaria se observan las funciones previstas por el ordenamiento mercantil ya explicadas y algunas de carácter especial previstas para esta entidad. Sin perjuicio claro está, de la aplicación de normas de derecho público también explicadas.

#### **14.10.5. Régimen de los actos y contratos de las sociedades de economía mixta.**

14.10.5.1 Ley 489 de 1998 y Código de Comercio. La Ley 498 de 1998 mencionó en el artículo 97 “...Las sociedades de economía mixta ...desarrollan actividades de naturaleza industrial y **comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley**<sup>555</sup>” (Negrilla fuera de texto).

---

<sup>555</sup> Así mismo el artículo 461 del Código de Comercio dispone: “...Las sociedades de economía mixta se sujetarán a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”



A simple vista se podría pensar que el citado artículo no ofrece ninguna dificultad de interpretación, pues es claro al querer decir que las sociedades de economía mixta desarrollarán actividades industriales y comerciales según lo dispuesto en el derecho privado. Sin embargo consideramos que peca por impreciso, cuando no menciona el régimen jurídico aplicable a aquellos actos que no pueden ser catalogados como propios de la actividad comercial o industrial, como pueden ser la construcción de una sede de administración de la empresa, o el régimen de contratación de ciertos empleados, las provisiones de papelería, computadores, etc, actos necesarios para el funcionamiento de la empresa.

Por el contrario, el artículo 93 la Ley 489 de 1998, tratándose de empresas industriales y comerciales del Estado dispuso “ *Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales*”.

Esta norma hace la distinción entre los actos comerciales e industriales y los actos de funcionamiento o gestión de la empresa, pues bien, fue observando ésta disposición donde surgió la inquietud relacionada con que si tal distinción pudiese predicarse en las sociedades de economía mixta o si el silencio del legislador en esta materia definitivamente lo que pretende es que tanto uno u otro tipo de actos sean regidos por el derecho privado. Sin embargo esta conclusión puede ser apresurada sin antes analizar lo que al respecto ha establecido la ley de contratación estatal, la Ley 80 de 1993.

14.10.5.2. Ley 80 de 1993. La Ley 80 de 1993 es el estatuto general que rige los contratos celebrados por las entidades estatales. En el literal a. del numeral primero del artículo 2, la ley denomina como Entidades Estatales a las sociedades

de economía mixta en éste sentido:

**“Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:**

1. Se denominan entidades estatales:

*a. La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, **las sociedades de economía mixta en las que el estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%),** así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes o niveles.” ( Negrilla fuera de texto)*

La norma sitúa como sujetos de la ley de contratación estatal a las sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea superior al cincuenta por ciento, llenando, no del todo, el vacío existente en la Ley 489 de 1998.<sup>556</sup>

14.10.5.3. Sociedades de economía mixta. Con las dificultades expuestas anteriormente respecto al tema e interpretando armónicamente la Ley 489 de 1998 y la Ley 80 de 1993, concluimos que el régimen jurídico de los actos y contratos celebrados por las sociedades de economía mixta es:

a. En las sociedades de economía mixta donde la participación accionaria del Estado es inferior al cincuenta por ciento, el régimen jurídico aplicable a los actos o contratos, tanto a los celebrados en desarrollo de la actividad comercial

---

<sup>556</sup> En concepto 220-52889 del 30 de mayo de 1999 la Superintendencia de Sociedades se pronunció respecto a la aplicación de la Ley 80 de 1993 en las sociedades de economía, sin embargo tal concepto no distingue entre los actos de naturaleza industrial y comercial, y los actos de índole administrativa cuando dice: *“De conformidad con el artículo primero de la Ley 80 de 1.993 las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al (50%)% son entidades estatales y por tanto se encuentran sometidas a la reglamentación allí estatuida. Por tanto, los lineamientos a seguir para su conformación son las estipuladas por la Ley 489 de 1.998 en concordancia con el Código de Comercio, en lo pertinente. Y respecto a la contratación ellas se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1.993.”*

o industrial como a los celebrados en virtud de la gestión de administración de la empresa, es el derecho privado.

- b. En las sociedades de economía mixta donde la participación estatal es superior al cincuenta por ciento (50%), los actos celebrados en desarrollo de la actividad industrial y comercial se regirán por el derecho privado y los actos de administración por la Ley 80 de 1993.
- c. Se llega también a la anterior conclusión en aquellas sociedades de economía mixta cuya participación del Estado es superior al noventa por ciento (90%), cuyo régimen jurídico es asimilado al de empresa industrial y comercial del Estado.

14.10.5.4. Régimen de la contratación pública: Ley 80 de 1993. A continuación se expondrá los principios generales que orientan la contratación de las entidades públicas, incluyéndose en ellas las sociedades de economía mixta. Es preciso mencionar la importancia del tema antes de iniciar tal estudio, pues los actos de administración o gestión de las sociedades de economía mixta en el orden nacional están sometidos al Estatuto general de la contratación pública por contar estas sociedades con una participación estatal mayor al cincuenta por ciento del capital<sup>557</sup> y por estar la mayoría de ellas sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado.<sup>558</sup> El tema también centra nuestra atención por cuanto el representante legal de la sociedad de economía mixta es el vehículo mediante el cual el ente social expresa la voluntad de obligarse con otra persona ya sea natural o jurídica, es más, será mediante la celebración de los contratos gobernados por la ley 80 de 1993 que se vinculará al mismo Estado.

**a) Principios Constitucionales.** Nuestro ordenamiento jurídico se estructura sobre el principio de jerarquía normativa, en virtud del cual la Constitución Política es la norma de normas y como consecuencia prevalece sobre las demás. Sus

---

<sup>557</sup> En esta misma obra véase Tabla No. 9

<sup>558</sup> En esta misma obra véase Tabla No. 3

principios deberán guiar el funcionamiento y actuación de la administración<sup>559</sup> y de los particulares. Es así que “ *en el estudio de la contratación estatal deben inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución*”<sup>560</sup>

Un contrato es el concurso real de voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones<sup>561</sup> con el fin de obtener mutuos beneficios. Beneficios que no se reducen estrictamente a una ganancia económica, como es el caso de los beneficios que persigue una sociedad de economía mixta como parte de la estructura estatal en el orden descentralizado por servicios. Colombia es un Estado Social de Derecho cuyas bases son la prevalencia del interés general; como fines esenciales se encuentran servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución Política, garantizar la participación ciudadana y asegurar la vigencia de un orden justo. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

*“Para el cumplimiento de los fines del Estado, es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines el Estado en forma legal, armónica y eficaz.”*

En este mismo sentido el profesor Álvaro Tafur Galvis, sobre el móvil no pecuniario de la gestión contractual de la administración ha señalado:

*“ ... aún cuando le Estado, mediante sus empresas, realice las mismas o similares actividades que los particulares en el campo industrial y comercial, de gestión económica, en general no persigue el mismo fin que siempre se proponen con sus actividades los particulares: El provecho económico, para*

---

<sup>559</sup> Por administración para efectos de la ley 80 de 1993, deberá entenderse lo dispuesto en el artículo 2 de la misma ley.

<sup>560</sup> CORTE CONSTITUCIONAL , Sentencia C-449/92.

<sup>561</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de la obligaciones. Edit. Temis 1998. 39 p.

*la satisfacción de sus necesidades y deseos; no; el Estado, al asumir actividades puramente administrativas permanece siempre vinculado a la imperiosa finalidad de pretender la satisfacción de sus necesidades sociales generales<sup>562</sup>”(Negrita fuera de texto)*

Los principios constitucionales que orientan la contratación estatal se explicarán a continuación.

- Presunción de buena fe en las actuaciones de los particulares y de la administración

De éste principio se desprenden importantes consecuencias en materia de contratación estatal especialmente en lo relacionado con los principios de economía, transparencia, selección objetiva de contratistas que más adelante explicaremos. La ley 80 de 1993 establece expresamente la buena fe como principio regulatorio de los procesos de selección y de interpretación de los contratos estatales.

La Corte Constitucional ha manifestado en relación con el artículo 83 de la Constitución política, disposición que contiene la presunción de buena fe de las actuaciones de los particulares y de la administración, lo siguiente:

“ La buena fe ..., más que un catálogo de buenos propósitos en las relaciones interpersonales, implica una obligación jurídica, como principio general de derecho, que protege la confianza razonable que debe existir en el comportamiento del otro, quien como ser social debe ser cooperativo y solidario”<sup>563</sup>

---

<sup>562</sup> TAFUR GALVIS, Alvaro. Las entidades descentralizadas. Bogotá: Editorial Temis, 1977. p 107.

<sup>563</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 124/93.

- Principios de la función administrativa

Los principios de la función administrativa se encuentran consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política: *“La función administrativa ... se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*.

Así mismo la Ley 498 de 1998 cita entre otros, los anteriores principios en el artículo tercero<sup>564</sup>.

- El debido proceso y la prohibición de exigir requisitos adicionales a los legalmente establecidos<sup>565</sup>

El debido proceso según el artículo 29 de la Constitución Política consiste en que en los trámites y gestiones que la administración realice o se adelanten ante ésta se deben surtir cada una y todas las etapas previstas en la ley, sin crear o adicionar otra para garantizar la legalidad, objetividad y transparencia de las actuaciones.

Es notable la aplicación de este principio en materia de contratación estatal en especial en los procesos de selección de contratistas cuyas etapas son taxativas, preclusivas y perentorias.

- Igualdad

El principio de igualdad hace referencia a que la ley es igual para todos, lo que significa que el Estado deberá garantizar a todas las personas idénticos derechos y oportunidades.

---

<sup>564</sup> Sobre los principios de la Función administrativa véase Corte Constitucional, Sentencia C-479/92.

<sup>565</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA Artículos 29, 84 y 333

En contratación estatal este principio se manifiesta en los procesos de selección de contratistas, mediante él tendrán iguales oportunidades para participar todos aquellos que se encuentren en condiciones de ofertar lo querido por la administración. Sin embargo este principio puede tener excepciones por razones de interés público.

- Publicidad <sup>566</sup>

Salvo que exista algún tipo de reserva legal se garantiza a todos los ciudadanos el derecho de conocer quienes, por qué y como se toman las decisiones en la gestión estatal.

- Control y responsabilidad por las actuaciones del Estado

Según este principio los servidores públicos sólo podrán hacer aquello que expresamente les está permitido y serán responsables de sus acciones, omisiones o exlimitación en el ejercicio de sus funciones tal como lo dispone el artículo 6 y 90 de la Constitución Política.<sup>567</sup>

**b) Principios rectores de la contratación administrativa.** En desarrollo de los principios constitucionales expuestos, la Ley 80 de 1993 en los artículos 23 al 31 contempla los principios que deben guiar el proceso de contratación estatal, los podemos sintetizar de la siguiente manera:

- Principio de transparencia

- a. Se manifiesta en el principio general de selección del contratista que es la licitación o concurso público.
- b. La administración debe exponer las razones que le asistieron para contratar o no, calificar una propuesta etc.
- c. Se manifiesta en la publicidad de las actuaciones de la administración y de los

---

<sup>566</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA Artículos 23 y 74

<sup>567</sup> En esta misma obra véase el Capítulo XV

particulares en el proceso de contratación, se traduce en la posibilidad de conocer todas las ofertas.

- d. La adjudicación de los contratos se realizará por audiencia pública.
- e. La excepción es la contratación directa, sus causales son taxativas y de interpretación restrictiva. La contratación directa no es sinónimo de subjetividad, en ella deberán estar presentes los principios rectores de la contratación estatal.

- Principio de economía

- a. En los procesos de selección del contratista las entidades no pueden establecer etapas ni requisitos adicionales no exigidos en la ley.
- b. Los términos son perentorios y preclusivos.
- c. El proceso de selección no se frustrara por cualquier vicio formal.
- d. El principio de economía esta íntimamente ligado al de planeación, por medio del cual la entidad previo proceso de licitación deberá planear y diseñar adecuadamente el respectivo proyecto para que una vez hecha la adjudicación el contrato se pueda ejecutar cabalmente, ejemplo de ello son la obtención de licencias y autorizaciones previas, estudios de viabilidad etc.
- e. La entidad deberá tener la apropiación presupuestal respectiva antes de abrir proceso de licitación.

- Principio de Responsabilidad

Antes de tratar este principio para una mejor comprensión del mismo es preciso poner de presente para efectos de la Ley 80 de 1993 quienes son considerados servidores públicos y para ello citamos el numeral 2 del artículo 2 de la mencionada ley:

*“ Se denominan servidores públicos:*

- a. *Las personas naturales que presten sus servicios dependientes de los organismos y entidades de que trata éste artículo, con excepción de las asociaciones o fundaciones de participación mixta en las cuales dicha*



- denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de nivel directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas.*
- b. *Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de estas.”*

El artículo 11 de la misma ley en relación de quienes son competentes para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales, dispone:

*“3. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:*

***c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles . ( Negrita fuera de texto)***

Así mismo en el artículo 12 se dispone la facultad para delegar para contratar en el siguiente sentido:

*“Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”*

Visto lo anterior, y teniendo claro que para efectos de la ley 80 de 1993 el representante legal de una sociedad de economía mixta cuya participación estatal sea superior al cincuenta por ciento, tiene competencia para celebrar contratos sometidos al régimen de dicha ley y en consecuencia considerado servidor público. Veremos a continuación las manifestaciones del principio de responsabilidad:

- a. Los servidores públicos deben vigilar el cumplimiento de los fines de la contratación, la ejecución del contrato y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de terceros que se vean afectados por el contrato.
- b. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones u omisiones y deberán indemnizar los daños que causen por razón de ellas.
- c. Las actuaciones de los servidores públicos estarán orientadas sobre las reglas

- de administración de bienes ajenos, postulados de conducta ética y justa.
- d. El representante legal de la entidad es el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual, proceso de selección. No podrá delegar a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular etc.
  - e. Los contratistas responderán por dar información falsa cuando fijen condiciones artificialmente bajas con el propósito de obtener una adjudicación.
- Principio de selección objetiva
- a. La administración deberá escoger la propuesta más favorable sin tener en cuenta factores de afecto, de interés o motivación subjetiva.
  - b. Los criterios de escogencia del contratista son entre otros: el cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio.

- Ecuación financiera y económica del contrato

El restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato se constituye como otra figura orientadora de las relaciones contractuales entre el Estado y el contratista. Esta figura prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, tiene en cuenta que las partes contratantes celebran un negocio y establecen las condiciones económicas del mismo según las condiciones de tiempo, modo y lugar. Es así, que al alterarse éstas durante la ejecución del contrato por el acaecimiento de circunstancias<sup>568</sup> que se escapan a lo habitual del negocio celebrado, no imputables a la parte afectada, anormales, excepcionales, imprevisibles y sobrevinientes que reportan una mayor onerosidad para alguna de las partes, surge el derecho al restablecimiento de la equivalencia de los derechos y obligaciones contractuales a un estado semejante al existente al momento del contrato.

---

<sup>568</sup> Sobre el particular véase la obra de DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Edit. Legis. 2001,. p. 518 y ss.

De esta manera, las partes deberán tomar las medidas necesarias para restablecer tal equivalencia ya sea revisando o reajustando el precio del contrato según sea el caso.

**c) Tipología del contrato estatal<sup>569</sup>.** No podemos finalizar esta aproximación al régimen de la contratación estatal sin antes exponer los contratos a los cuales este régimen se refiere.

La ley 80 de 1993 prevé un amplio panorama en relación con el tema por las siguientes razones:

- Aplicación del derecho privado<sup>570</sup>

Se contempla como contratos estatales todos los previstos en el derecho privado, los previstos por el Código Civil y Código de comercio y también los atípicos o inanonimados.<sup>571</sup>

- Contratos regulados expresamente por la Ley 80 de 1993

En el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 a manera enunciativa considera también como contratos estatales: el de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

\* *Contrato de obra pública.* El objeto del contrato de obra pública es la realización de un trabajo material sobre un inmueble que sea utilizado por la entidad estatal independientemente quien es el dueño del mismo a cambio de una remuneración, la obra podrá consistir en una construcción, rehabilitación, demolición etc.

Por su naturaleza y por expresa disposición del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el contrato de obra pública deben incluirse las cláusulas

---

<sup>569</sup> DÁVILA VINUEZA, Op.Cit., p 708 y ss.

<sup>570</sup> Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

<sup>571</sup> DÁVILA VINUEZA, Op.Cit., p.707 y ss.

excepcionales de interpretación, modificación, terminación unilateral y caducidad.

Se establece como obligación en el contrato de obra la contratación de una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, en el caso que el contrato se haya celebrado como resultado del proceso de licitación o concurso público.

\* *Contrato de Consultoría.* Se caracteriza por la realización de un trabajo intelectual consistente en la elaboración de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, factibilidad para proyectos específicos, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. También son contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, gerencia de obra de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. No hace parte de los contratos taxativamente señalados en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los cuales se entiende pactadas las cláusulas excepcionales aun cuando no se consignen expresamente.

\* *Contrato de Prestación de servicios.* Constituye una forma de vinculación de particulares a entidades del Estado para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad.

El Consejo de Estado ha señalado sobre el particular:

*“Por definición el contrato de prestación de servicios se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con el cumplimiento de funciones adscritas a la entidad pública contratante y que no impliquen el ejercicio de funciones administrativas cuando las mismas no puedan cumplirse con el personal de la planta. Pero esta exigencia, que tomada literalmente autorizaría sin límites su celebración tan pronto se presentara escasez en el personal de la planta de la persona pública, no puede interpretarse con semejante alcance, porque el contrato busca primordialmente la vinculación de personal especializado en forma*

*excepcional y para suplir actividades o labores que no encajan en las administrativas ordinarias que desarrolla el ente, aunque tengan relación con ellas... Por ese medio, en otras palabras, la administración busca asesoría o complemento para una actividad que le es propia ...Por eso entiende, que también, que a través de estos contratos la administración busca asistencia o asesoría de carácter técnico o científico... En este orden de ideas, se recalca, que no puede suplirse la vinculación de servidores públicos a los cuadros normales del servicio oficial por estos contratos de prestación de servicios (...)*<sup>572</sup>

\* *Contrato de Concesión.* Mediante este contrato la entidad pública transfiere los derechos de explotación sobre unos determinados bienes o servicios públicos a una persona llamada concesionario. Se constituye como un instrumento de estímulo de la inversión privada en diversos proyectos de infraestructura; en ellos se entienden incluidas las cláusulas exorbitantes o excepcionales.

El contrato de concesión abarca las siguientes modalidades:

- a. Concesión para la prestación, explotación, entre otros, de servicios públicos.
- b. Concesión de obra o de bienes destinados al uso o servicio público para su construcción, explotación o conservación total o parcial.
- c. Concesión de bienes estatales, en los cuales se debe pactar la cláusula de reversión según lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993.
- d. Concesión de servicio de telecomunicaciones.
- e. Concesión y licencia para servicios postales.
- f. Concesión para la explotación de bienes del Estado especialmente en materia de minas e hidrocarburos.

\* *Negocios Fiduciarios.* En el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se advierte como modalidades de contrato estatal la fiducia pública y el encargo fiduciario, no menciona expresamente la fiducia mercantil regulada por el Código de Comercio lo que ha abierto el debate sobre su aplicación en materia de

---

<sup>572</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 1994. Exp.7960.

contratación estatal.<sup>573</sup>

\* *Regímenes Especiales.* Además de los contratos regulados en la Ley 80 de 1993 deben tenerse presente la aplicación de regímenes especiales como son: la Ley 100 de 1993, la Ley 142 de 1994, la Ley 143 de 1994 entre otros.

- Potestades unilaterales de la administración

A diferencia del régimen civil y comercial en contratación estatal se establecen determinados poderes de los cuales podrá hacer uso la administración inspirada en la tutela del interés público. Tales poderes se denominan *Cláusulas exorbitantes o excepcionales* reguladas en los artículos 14 al 19 de la Ley 80 de 1993.

\* *Características*

a. Serán de la naturaleza del contrato, es decir, obligatorias así no se mencionen expresamente en aquellos contratos enumerados en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, salvo el contrato de prestación de servicios y el de suministro.

b. Las cláusulas exorbitantes tendrán validez por pacto entre las partes en los contratos de prestación de servicios y de suministro.

b. Serán nulas en aquellos contratos cuyo objeto no tenga una relación directa con el interés público.

\* *Clases*

a. Interpretación unilateral del contrato: en caso de ambigüedad en las estipulaciones contractuales, incluyendo el pliego de condiciones, la

---

<sup>573</sup> Sobre el tema véase Gaceta del Congreso, Año II, No. 145, mayo de 1993, pág 2; Superintendencia Bancaria, Circular externa 038/94, numeral 1.2; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta No. 1074 del 4 de marzo de 1998; Corte Constitucional, Sentencia C- 086/95, M.P, Vladimiro Naranjo Mesa.

administración podrá interpretar tales estipulaciones en pro del interés público siempre y cuando la ambigüedad conduzca la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretenda prestar.

- b. Modificación unilateral del contrato: para evitar la paralización o afectación grave el servicio público que se presta la administración podrá suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios. El contratista estará obligado a ejecutar el contrario y a no renunciar a ello cuando la modificación no supere el veinte por ciento (20%) del valor inicial del contrato.
- c. Terminación unilateral del contrato: la administración podrá dar por terminado el contrato en los casos previstos en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.
- d. Caducidad: mediante esta estipulación si se presenta algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte gravemente la ejecución del contrato, la administración podrá darlo por terminado y ordenará su liquidación.
- e. Reversión: Prevista para los contratos de concesión de bienes estatales mediante la cual se pacta que tales bienes serán de propiedad del Estado una vez finalizado el contrato, sin que por ello se genere compensación. Este fenómeno se debe diferenciar con el de la restitución pues ella se predica de aquellos bienes de propiedad del Estado que este da para la realización de determinadas obras o prestación de servicios, los cuales deben ser restituidos a la finalización del contrato.
- f. Multas: El numeral 2 del Artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no menciona la multa dentro de las cláusulas exorbitantes de la administración, pese a ello consideramos pertinente referirnos a la misma dentro de éste título para exponer que en relación con la naturaleza de la misma existe discusión

doctrinal y jurisprudencial.

- Concepto.

La doctrina y pronunciamientos jurisprudenciales han reiterado que las multas se constituyen como aquel instrumento mediante el cual se apremia al contratista para dar oportuno cumplimiento y cabal ejecución del contrato.<sup>574</sup>

- La multa en el Decreto 222 de 1983.

Antes de la Ley 80 de 1993 se encontraba vigente el Decreto 222 de 1983, el cual en su Artículo 60 establecía la obligatoriedad de estipular la cláusula de multa en todos los contratos. Los artículos 71 y 73 otorgaban a la administración la facultad de imponer las multas mediante resolución motivada, de tomarla directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y de cobrar su valor por jurisdicción coactiva. Y el artículo 289 permitía tener en cuenta su valor en la liquidación.

El Consejo de Estado<sup>575</sup> se pronunció respecto de las facultades contenidas en los artículos 71 y 73 del mencionado decreto, interpretando que ellas eran exorbitantes aplicables, por lo tanto, exclusivamente a los contratos administrativos señalados en el artículo 16 del Decreto 222. En los llamados contratos de Derecho Privado de la administración así estuviera la cláusula de caducidad, la entidad estatal no podía imponer unilateralmente multas ni hacerlas efectivas de la forma establecida por el artículo 73. Sin perjuicio claro está, de que la cláusula de multa como tal, se pudiera estipular pero su efectividad quedaba reservada al juez del contrato.

---

<sup>574</sup> BECAITZ, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos. Edit Depalma, Buenos Aires, Segunda edición 1980, Pág, 415 y sig. Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia de Agosto 13 de 1987, Exp 4145 M.P. Antonio J. de Irrisari Restrepo ; Sentencia de septiembre 23 de 1994. Sección Tercera , Exp 9268. M.P. Daniel Suárez Hernández. Sentencia de octubre 18 de 1994. Exp. 8731. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>575</sup> Sentencia del 16 de diciembre de 1994. Sección Tercera. Exp.7879. MP. Carlos Betancur Jarmillo.



- Ley 80 de 1993 y la cláusula de la multa.

La Ley 80 de 1993 derogó expresamente el Decreto 222 de 1983, y el numeral 2 del Artículo 14 de la nueva ley no mencionó a la multa dentro de las cláusulas exorbitantes de la administración, generando con ello la discusión acerca de la posibilidad de imponerla unilateralmente.

Las siguientes son las posiciones que se esbozan al respecto<sup>576</sup>:

- a. Aquellos que sostienen que con la Ley 80 de 1993 no es viable jurídicamente la estipulación de la cláusula de la multa y por ende mucho menos hacerla efectiva.
- b. Otros por el contrario opinan que la cláusula de multa puede ser pactada por la administración (no es obligatoria) imponerla y hacerla efectiva<sup>577</sup>.
- c. Finalmente otra posición sostenida entre otros, por el Profesor Luis Guillermo Dávila Vinueza, posición a la cual nos adherimos, la cláusula de multa dejó de ser exorbitante, pese a ello puede ser pactada por la administración pero no puede imponerla o hacerla efectiva unilateralmente, pues estas facultades quedaron reservadas al juez.<sup>578</sup> Compartimos lo sostenido por el Profesor Dávila cuando señala que los poderes excepcionales de la administración no pueden surgir de interpretaciones aisladas de normas, ni de posiciones doctrinarias sino de la voluntad expresa del legislador y el silencio de la Ley 80 en el numeral 2 del artículo 14 refleja tal voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior mientras se mantenga la posición jurisprudencial actual,

---

<sup>576</sup> Cfr. DÁVILA, Op Cit., P 473 y ss.

<sup>577</sup> Consejo de Estado providencia del 4 de junio de 1998.

<sup>578</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera del 21 de octubre de 1994. Exp. 9288. M.P. Daniel Suárez Hernández.

*“debe aceptarse que las entidades tienen respaldo para imponer multas por acto administrativo motivado, en los contratos en que expresamente se hayan pactado... El poder impositivo de multas estará reducido a los contratos en que proceden tales potestades y no a otros.”<sup>579</sup>*

#### - Contratación directa

La Ley 80 de 1993 sitúa a la contratación directa como el proceso de selección de contratistas excepcional, procedente únicamente en los casos taxativamente contemplados en el numeral 1 del artículo 24.

Como ya se mencionó en el principio de transparencia de la contratación estatal, la contratación directa no es sinónimo de subjetividad, ella implica la adopción de procedimientos reglados y la aplicación del principio de selección objetiva del contratista.

En las sociedades de economía mixta se aplicará la contratación directa para aquellos actos y contratos que tengan por objeto directo actividades comerciales e industriales salvo los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, tal como lo dispone el literal m del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

**14.10.6. Número de Representantes Legales.** Con respecto al número de gerentes o representantes legales en las sociedades de economía mixta este no está dispuesto en la ley, es en los estatutos donde se opta por el sistema más apropiado de acuerdo al régimen y actividades de la sociedad. Si la sociedad opta por nombrar varios representantes legales es importante señalar en los estatutos si han de obrar conjunta o separadamente, pues si se pacta lo primero todos los gerentes deben ponerse de acuerdo sobre como desempeñar sus funciones porque de no existir unanimidad, el acto realizado por cada uno de ellos puede

---

<sup>579</sup> DÁVILA, Op Cit., P 479.

quedar afectado de invalidez.

Aunque se considera más eficiente la representación por una sola persona con uno o más suplentes, en determinadas circunstancias por la cantidad de negocios y el tamaño de la empresa se requiere la distribución de la representación en cabeza de varias personas. De esta situación se deriva la utilización de diferentes formas de organización y denominaciones como pueden ser presidente y varios vicepresidentes, gerente general y varios gerentes a quienes se les atribuye funciones dentro de esferas determinadas, cada uno de ellos tiene poder representativo en el ámbito de sus atribuciones.

En la tabla 17 se observa la organización de la representación legal en las sociedades de economía mixta en el orden nacional.

**14.10.7. Suplentes.** Por la importancia de la institución de la representación legal se busca fórmulas que permitan que en un momento determinado la compañía no quede “acéfala” en lo que a representación se refiere. Una de ellas es la de atribuir la facultad de representación a más de una persona de forma tal que puedan actuar conjunta o separadamente o la de crear una suplencia del cargo.

**Tabla 18. Representación legal en las Sociedades de Economía mixta**

Nombre	Número de representantes legales	Suplencia
BANCO DEL ESTADO S.A.	El Banco tendrá un (1) representante legal. (Art. 22 Estatutos sociales) Tendrá las vicepresidencias y gerencias regionales que determine la junta directiva, a las cuales asignará las funciones de Dirección general que la junta, en acuerdo en el Presidente del Banco, considere convenientes y llevarán la representación legal del Banco dentro de las directrices trazadas por la Junta Directiva y la Presidencia del Banco. (art.24 Estatutos Sociales)	Sin perjuicio de declarar y proveer las vacancias temporales delegada por el Presidente de la República , mediante Decreto 3333 de 1986, en el Ministerio de Hacienda y crédito público, en caso de falta absoluta o temporal del Presidente del Banco mientras el gobierno hiciera el nombramiento respectivo, si fuere el caso, la junta directiva podrá designar, transitoriamente, a uno de los Vicepresidente en calidad de Presidente Encargado. ( Escritura pública No 1780 de agosto de 1999)
CENTRAL DE INVERSIONES S.A.	Tendrá un presidente (1) (art. 33 de los Estatutos Sociales). Tendrá también, Vicepresidentes de cartera, de inmuebles, de operaciones. Tendrán la representación judicial los gerentes de negocios y los directores regionales o quienes hagan sus veces, estando éstos ampliamente facultados para representar a la misma y designar apoderados judiciales ante las autoridades judiciales o administrativas.	Los Vicepresidentes de cartera, de inmuebles y de operaciones o quienes hagan sus veces serán quienes ejercerán la representación legal en las faltas accidentales, temporales y absolutas del presidente, así como los eventos en que éste último se encuentre en circunstancias de incompatibilidad o impedimento.
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	Tendrá un (1) Representante legal y subgerentes. ( art. 32 y 37 Estatutos Sociales)	
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL	Tendrá un representante legal (1) y vicepresidentes, éstos últimos elegidos por la Junta Directiva.(52 art. de los estatutos sociales)	Tendrá los suplentes que elija la Junta Directiva designados entre los vicepresidentes.( art.52 de los estatutos Sociales)

Nombre	Número de representantes legales	Suplencia
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	Tendrá un representante legal (1) (art. 51 Decreto 1202 del 4 de junio de 1994)	Tendrá dos suplentes, primero y segundo, quienes remplazarán en su orden, en las faltas accidentales, temporales o absolutas. serán elegidos por la junta directiva. (art.51 Decreto 1202 del 4 de junio de 1994)
FINAGRO S.A.	Tendrá un (1) representante legal (art. 41 de los estatutos sociales)	Tendrá tres (3) suplentes nombrados por la junta directiva, quienes serán elegidos entre los funcionarios de la sociedad y ejercerán la representación legal en las faltas accidentales, temporales o absolutas, en calidad de primero, segundo y tercer suplente. (parágrafo art. 41 de los estatutos sociales).
BANCO AGRARIO	Tendrá un (1) representante legal. (Respuesta Derecho de Petición interpuesto)	No contestó
VECOL S.A.	Tendrá un (1) representante legal. (Respuesta Derecho de Petición interpuesto)	No contestó
FIDUCOLDEX S.A	No contestó	No contestó
BANCOLDEX S.A.	Tendrá un (1) representante legal. ( art 52 estatutos sociales)	
HOTEL SANDIEGO S.A. HOTEL TEQUENDAMA	Tendrá un (1) representante legal. (respuesta Derecho de petición interpuesto)	No contestó
CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA S.A.	Tendrá un (1) representante legal. (respuesta Derecho de petición interpuesto)	No Contestó

**Fuente:** Derecho de petición No 2473 del 19-07-2002 del Banco Agrario de Colombia; derecho de petición No 9391 del 04-07-2002 de BANCOLDEX; derecho de petición del 12 -07-2002 del Hotel Tequendama; derecho de petición No 4505 del 11-07-2002 de FIDUCOLDEX; derecho de petición No 6240 del 11-07-2002 del Fondo Nacional de Garantías. Estatutos Sociales de Central de inversiones S.A., Artesanías de Colombia S.A., Instituto Colombiano de Fomento Industrial, Finagro S.A., Banco del Estado; derecho de petición No 6219 del 30-07-2002 Vecol , derecho de petición No 2463 del 08-07-2002 Corporación Aeronáutica.

La suplencia de hará efectiva, entonces, cuando por algún motivo el titular por su ausencia no pueda actuar, al respecto la Superintendencia de Sociedades<sup>580</sup> ha sostenido que:

*“... de acuerdo con el Diccionario de la Real academia de la lengua, suplencia es **“acción y efecto de suplir una persona a otra y también el tiempo que dure esta acción”**, lo que permite aseverar que en ningún caso es factible que actúen de manera conjunta o concomitante el titular y el suplente, puesto que para que éste pueda desempeñar el cargo es requisito indispensable la ausencia de aquel.”*

Así mismo, esta corporación concluye:

- a. La condición de representante legal persigue a la persona quien detenta el cargo sin importar el lugar físico donde se encuentra y por consiguiente no es su ausencia material lo que faculta al suplente para asumir tal cargo sino la imposibilidad de desempeñar las funciones correspondientes.
- b. A menos que estatutariamente o por pronunciamiento del órgano social competente con base a disposiciones contractuales se hallan otorgado al suplente facultades especiales para representar a la sociedad, el suplente deberá abstenerse de celebrar cualquier acto en el que se pretenda obligar a la misma, ya que carece de capacidad para ello.
- c. El suplente tiene la obligación de permanente disponibilidad pero la capacidad para contratar sólo nace en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo. De lo contrario el suplente actuaría sin capacidad para ello convirtiéndose en el deudor de la prestación o del valor de la misma cuando no fuera posible su cumplimiento, además deberá indemnizar los perjuicios causados a los terceros y a la sociedad que por tales actuaciones, según lo dispuesto en el artículo 841 del Código de Comercio.
- d. Cuando el suplente actúe sin la capacidad prevista, las actuaciones podrán ser

---

<sup>580</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio SL-7717 del 22 de marzo de 1991, en el mismo sentido ver el oficio 220-18867 del 10 de mayo de 2001.

válidas siempre y cuando sean ratificadas por el titular y no se haya perjudicado a terceros.

- e. El suplente podrá actuar sólo cuando haya acreditado la falta absoluta o temporal del principal.

Frente a lo sostenido por la Superintendencia de Sociedades en el literal e, consideramos que parte de un supuesto errado pues el suplente siempre tiene la potencialidad de actuar pues para todos los efectos legales se tiene como tal.

Si en los estatutos no se impone la obligación de acreditar previamente la falta temporal o absoluta del titular el suplente podrá actuar en cualquier momento como representante inscrito.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>581</sup> cuando manifiesta que:

- a. Salvo que en los estatutos sociales se estipule la acreditación de la ausencia del representante legal principal para desempeñar la suplencia la persona designada para desempeñar dicho cargo tiene la vocación para ejercer la representación legal de la sociedad.
- b. La única condición de la que depende el ejercicio efectivo de las funciones de representación por parte del suplente es la ausencia o falta del principal, la cual se presume con el ejercicio del cargo.
- c. Si nada se previó en los estatutos sociales los terceros no pueden exigirle al suplente una prueba especial sobre la ausencia o falta del titular, ya que el

---

<sup>581</sup> Oficios No. 2140 de Febrero 2 de 1991, No 6739 de 1991 y No 8469 del 4 de junio de 1993. En igual sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades en los Oficios DAL-15738 de julio 29 de 1986 y 220-33849 de junio 9 de 1995.

haber sido elegido por los asociados para desempeñar la suplencia es prueba que se confía en él tanto como en el titular.

- d. Los actos del suplente realizados en ejercicio de la representación legal y dentro de los límites de sus atribuciones legales y estatutarias comprometen directamente la responsabilidad de la sociedad y por ello no es jurídicamente posible desvirtuar la representación legal del suplente aduciendo que en el certificado que expide la Cámara de Comercio no se mencionan sus atribuciones.
- e. La palabra “suplente” está indicando implícitamente las facultades que le han sido conferidas al designado para el cargo.
- f. Deberá consultarse los estatutos sociales para saber cuales situaciones se consideran faltas o ausencias del representante legal. En caso de no preverse nada, deberá entenderse que el suplente podrá actuar válidamente ante la sola ausencia del titular

Por último, debe decirse que el suplente del representante legal tiene las mismas facultades del titular salvo que los estatutos sociales dispongan otra cosa.

14.10.7.1. Criterios de selección. En las sociedades de economía mixta del orden nacional no se han previsto criterios de selección del suplente del representante legal, sin embargo en aquellas que están sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado el Decreto 861 de 2000 dispuso los requisitos y funciones generales del representante legal de este tipo de sociedades, por lo tanto consideramos que los mismos se deben predicar con respecto a los suplentes de tales representantes legales.

En la tabla 18 se observa algunas características de la suplencia en las



Sociedades de economía mixta en el orden nacional.

**14.10.8 Extralimitación en las facultades de Representación Legal.** El primero de los límites que se le impone en el ejercicio de las funciones del representante legal, es el impuesto por el objeto social de la compañía. El segundo está dado por lo establecido en los estatutos sociales, estipulaciones que pueden consistir en razón de la cuantía o en razón de la naturaleza del negocio.

14.10.8.1. Limitación en razón de la cuantía. La limitación por la cuantía se da en aquellos eventos en que se prohíbe al representante legal celebrar contratos que sobrepasan determinada cuantía por disposición estatutaria o sin la debida autorización de la Junta Directiva. Está limitación se señala generalmente en cuantía fija, siendo más práctico en salarios mínimos mensuales legales vigentes.

14.10.8.2. Limitación en razón de la naturaleza. Se entiende por limitación en razón de la naturaleza del asunto cuando se prohíbe la celebración de un acto en consideración a sí mismo.

14.10.8.3. Extralimitación de funciones del representante legal en las sociedades de economía mixta. En cuanto a la responsabilidad del representante legal por extralimitación de sus funciones en las sociedades de economía mixta se tiene que:

- a. Se debe diferenciar a que régimen jurídico de los actos y contratos<sup>582</sup> están sometidas las sociedades de economía mixta, pues como se ha mencionado a lo largo del presente título las sociedades de economía mixta que tiene una participación estatal inferior al 50% están sometidas en todo lo que a ellas respecta al derecho privado. Y aquellas que tienen una participación estatal mayor al 50 %, los actos de gestión administrativa están sometidos a la Ley 80 de 1993 y los actos del giro ordinario de sus negocios industriales y comerciales

---

<sup>582</sup> En esta misma obra véase numeral 14.10.5.

al derecho privado. Distinción que en uno u otro régimen va a traer consecuencias de diversa índole para el representante legal bajo la situación en comento. De donde se tiene que los representantes que incumplan o que se extralimiten en sus funciones cuando sean agentes del Presidente de la República, es decir en aquellas sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, o cuando estén realizando los actos o contratos en desarrollo de la gestión administrativa o de funcionamiento de la sociedad regulados por la ley 80 de 1993 estarán sometidos al régimen de responsabilidad estatal.<sup>583</sup>

- b. Debe tenerse también en cuenta la naturaleza del cargo del representante legal, pues en aquellas sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, el representante legal es de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, donde la extralimitación de sus funciones puede acarrearle la remoción del cargo si así bien lo tiene el Presidente de la República. De igual manera aquellos representantes legales elegidos por la junta directiva, pueden ser removidos en cualquier tiempo si así lo considera éste órgano social.<sup>584</sup>

14.10.8.4. Sociedades de economía mixta cuyo capital estatal es inferior al cincuenta por ciento. Según el ordenamiento mercantil y como lo anotábamos al inicio de este título, la responsabilidad del representante legal no tiene su origen en un contrato de mandato sino es directa y orgánica.

El representante legal como uno de los administradores de la sociedad debe actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. La exigencia en sus actuaciones se hace aún más rigurosa y exigente por el profesionalismo que implica la labor encomendada.

---

<sup>583</sup> En esta misma obra véase el Capítulo XV

<sup>584</sup> En esta misma obra véase el numeral 14.10.9.

**a) Responsabilidad.** Según el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 que modificó el artículo 200 del Código de Comercio, los administradores responden solidaria e ilimitadamente y se excluyen quienes prueben la falta de conocimiento de la acción u omisión, o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

Así mismo dispone el artículo en mención, “**...En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o sus estatutos, se presumirá la culpa del administrador.**” (Negrita fuera de texto)

Las cláusulas que tiendan a absolver o limitar la responsabilidad de los administradores se tendrán por no escritas según el último inciso del artículo en mención.

- Responsabilidad personal del Representante legal

El ordenamiento mercantil colombiano como acabamos de ver estableció una responsabilidad solidaria e ilimitada para los administradores que con sus actuaciones causen algún perjuicio a la sociedad, socios y terceros. Presumiendo la culpa de los mismos en caso de incumplimiento o extralimitación de sus funciones. No obstante lo anterior consideramos que el Código de Comercio incurre en imprecisión al no señalar una responsabilidad individual para aquellos administradores que por disposición legal y estatutaria asumen determinadas tareas y que por la importancia de su cargo deben ser inscritos en el registro mercantil, como es el caso del representante legal de la sociedad.

Antes de llegar a una conclusión en relación con este aspecto miraremos la legislación mercantil de Argentina que nos puede ilustrar sobre el tema.

\* *Legislación mercantil argentina.* La Ley 19.550. de la República de Argentina en el artículo 274 consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los

administradores de la siguiente manera:

*“Artículo 274. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (...).”*

La Ley 22.903 agregó al artículo 274 el texto que a continuación se transcribe:

*“(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o la decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.”*

La doctrina mercantil argentina sobre el párrafo agregado al artículo 1 por la Ley 22.903 comenta:

- a. La incorporación por la ley 22.903 del régimen de imputación de responsabilidad atendiendo a la actuación individual del administrador no invalida la regla de la responsabilidad solidaria sino que concibe una presunción de responsabilidad individual imputable sólo al director que asume determinadas tareas. La modificación no implica atenuar o atemperar la responsabilidad de los integrantes del órgano de administración, sino atender a la actuación individual cuando se dan las circunstancias establecidas por la ley.

585

---

<sup>585</sup> VERÓN, Sociedades Comerciales. Tomo 4. Argentina: Ed. Astrea, p. 314

- b. Con la incorporación se mantiene el régimen vigente y se abre la posibilidad que en ciertas circunstancias se atienda a la actuación personal cuando se den los supuestos que la norma requiere.<sup>586</sup>
- c. Los demás administradores pueden no exonerarse de responsabilidad por estar presente en ellos la culpa “in vigilando”, resultando aplicable el artículo 274 de la Ley 19.550.<sup>587</sup>

\* *Conclusión.* Consideramos que en el ordenamiento mercantil colombiano es viable la imputación de una responsabilidad individual al representante legal por el incumplimiento o extralimitación de sus funciones sin perjuicio de la responsabilidad de los otros administradores de la sociedad quienes podrán eximirse cuando no han tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no hayan ejecutado el acto.

El representante legal de la sociedad también deberá responder por las sanciones penales que pueden ser impuestas al haber incurrido en algún delito, contravención, etc.<sup>588</sup>

#### - Acción Social de Responsabilidad<sup>589</sup>

Contra los administradores se puede intentar la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad mediante decisión de la asamblea general de accionistas. Sin embargo si la acción social de responsabilidad no se inicio dentro de los tres meses siguientes a la adopción de la decisión del máximo órgano social, podrá ejercerla cualquier administrador, el revisor fiscal o cualquiera de los socios o accionistas en interés de la sociedad; sin perjuicio de la acción individual de responsabilidad por parte de los socios y a terceros perjudicados.

---

<sup>586</sup> Exposición de Motivos Ley 22.903, cap. II, secc. V, 27, párr. último. En igual sentido véase, ZALDÍVAR, Enrique, La responsabilidad de los directores de las sociedades por acciones en la reforma de la ley de sociedades comerciales, Revista Inspección General de Justicia, 1983, p. 29

<sup>587</sup> Crf, CNCom., Sala B, noviembre 6, 1996. Jinkus, Gabriel A.

<sup>588</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 201

<sup>589</sup> LEY 222 de 1995, Art. 25

- Derecho comparado

Las disposiciones citadas en el tema relativo a la extralimitación de funciones del representante legal guardan similitud con la normatividad existente en otros países del mundo como se observa en la siguiente exposición.

\* *Argentina.* En Argentina la normatividad relacionada se encuentra en los artículos 59, 266, 269, 270 y 274 del la Ley 19.550.

Los artículos citados establecen:

*“Artículo 59. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.*

*“Artículo 266. El cargo de director es personal e indelegable (...)”.*

*“Artículo 269. El estatuto puede organizar un comité ejecutivo integrado por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios. El directorio vigilará la actuación de ese comité ejecutivo y ejercerá las demás atribuciones legales y estatutarias que le correspondan. Responsabilidad. Esta organización no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores”.*

*“Artículo 270. El directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directorios o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores”.*

*“Artículo 274. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (...)”.*

La Ley 22.903 agregó al artículo 274 el texto que a continuación se transcribe:

*“(…) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o la decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.”*

\* *Uruguay. El artículo 83 de la Ley 16.060 de sociedades comerciales dispone: “Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión. El juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño”*

El artículo 391 establece lo siguiente:

*“El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave. Estarán exentos de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor a diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad. Si el opositor no hubiera asistido a la reunión que haya aprobado la resolución deberá solicitar su reconsideración procediéndose luego como se dispone en el inciso anterior. Cuando se trate de actos o hechos no resueltos en sesiones del directorio, el director que no haya*

*participado en los mismos no será responsable (inciso segundo del artículo 83), pero deberá proceder en la forma dispuesta en el inciso precedente en cuanto lleguen a su conocimiento”.*

\* Chile. La legislación chilena en relación con la responsabilidad de los administradores establece:

*“Artículo 39. Las funciones de director de una sociedad anónima no son delegables y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida. Cada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social. Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron”.*

*“Artículo 40. El directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social, lo que no será necesario acreditar a terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta general de accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, inclusive para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exijan esta circunstancia. Lo anterior no obsta a la representación que compete al gerente, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la presente ley. El directorio podrá delegar parte de sus facultades en los gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas”.*

*“Artículo 41. Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables. Es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores a que se refiere el inciso anterior. La aprobación otorgada por la junta general de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve,*



*grave o dolo”.*

*“Artículo 45. Se presume la culpabilidad de los directores respondiendo, en consecuencia, solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros, en los siguientes casos: 1) Si la sociedad no llevare sus libros o registros; 2) Si se repartieren dividendo provisorios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores que concurrieron al acuerdo respectivo; 3) Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones. Se presume igualmente la culpabilidad del o de los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad”.*

*“Artículo 48. Las deliberaciones y acuerdos del directorio se escriturarán en un libro de actas por cualesquiera medios, siempre que éstos ofrezcan seguridad que no podrá haber intercalaciones, supresiones o cualquier otra adulteración que pueda afectar la fidelidad del acta, que será firmada por los directores que hubieren concurrido a la sesión. Si alguno de ellos falleciere o se imposibilitare por cualquier causa para firmar el acta correspondiente, se dejará constancia en la misma de la respectiva circunstancia o impedimento. Se entenderá aprobada el acta desde el momento de su firma, conforme a lo expresado en los incisos precedentes y desde esa fecha se podrán llevar a efecto los acuerdos a que ella se refiere. El director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que presida. El director que estimare que un acta adolece de inexactitudes u omisiones, tiene el derecho de estampar, antes de firmarla, las salvedades correspondientes”. }*

*“Artículo 49. Las sociedades anónimas tendrán uno o más gerentes designados por el directorio, el que les fijará sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlos a su arbitrio. Al gerente o gerente general en su caso, corresponderá la representación judicial de la sociedad, estando legalmente investido de las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, y tendrá derecho a voz en las reuniones de directorio, respondiendo con los miembros de él de todos los acuerdos perjudiciales para la sociedad y los accionistas, cuando no constare su opinión contraria en el acta. El cargo de gerente es incompatible con el de presidente, auditor o contador de la sociedad y en las sociedades anónimas abiertas, también con el de director”.*

*“Artículo 50. A los gerentes y a las personas que hagan sus veces, les serán aplicables las disposiciones de esta ley referente a los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función, y en especial, las contempladas en los artículos 35, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45*

y 46, según el caso. Es de responsabilidad del gerente la custodia de los libros y registros sociales y que éstos sean llevados con la regularidad exigida por la ley y sus normas complementarias”.

\* *Venezuela.* El código de Comercio de Venezuela establece en similares términos a la legislación ya analizada la responsabilidad de directores y administradores de sociedades comerciales.

*“Artículo 266. Los administradores son solidariamente responsables para con los accionistas y para con los terceros: 1. De la verdad de las entregas hechas en caja por los accionistas. 2. De la existencia real de los dividendos pagados. 3. De la ejecución de las decisiones de la asamblea. 4. Y en general, del exacto cumplimiento de los deberes que les imponen la ley y los estatutos sociales” .*

*“ Artículo 268. La responsabilidad de los administradores por actos u omisiones no se extiende a aquellos que estando exentos de culpa hayan hecho constar en el acta respectiva su no conformidad, dando noticia inmediata a los comisarios”.*

\* *Perú.* La ley 26.887 del mes diciembre de 1997 establece la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima de la sociedad anónima:

*“Artículo 174.- Delegación: “El directorio puede nombrar a uno o más directores para resolver o ejecutar determinados actos. La delegación puede hacerse para que actúen individualmente o, si son dos o más, también para que actúen como comité. La delegación permanente de alguna facultad del directorio y la designación de los directores que hayan de ejercerla, requiere del voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del directorio y de su inscripción en el Registro. Para la inscripción basta copia certificada de la parte pertinente del acta. En ningún caso podrá ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de estados financieros a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al directorio, salvo que ello sea expresamente autorizado por la junta general”.*

*“Artículo 177.- Responsabilidad. Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados*

casos particulares. Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general”.

*“Artículo 178.- Exención de responsabilidad: No es responsable el director que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial”.*

*“Artículo 183. Responsabilidad penal: La demanda en la vía civil contra los directores no enerva la responsabilidad penal que pueda corresponderles”*

\* México.- Ley General de Sociedades Mercantiles. La ley general de sociedades mercantiles establece:

*“Artículo 157. Los Administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”.*

*“Artículo 158: “Los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad: I.- De la realidad de las aportaciones hechas por los socios; II. Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas; III. De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley; IV. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las Asambleas de Accionistas”.*

*“Artículo 159. No será responsable el Administrador que, estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate”*

*“Artículo 160: Los Administradores serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido sí, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a los Comisarios”.*

*“Artículo 161: “La responsabilidad de los Administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo 163”.*

\* *Brasil.* La Ley brasilera 6404 de 1976 dispone lo siguiente:

*“Artículo 165. Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os artigos 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto. 1.- Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia; considerar-se-á abusiva a atuação do conselheiro com o fim de causar dano à companhia ou aos seus acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para os acionistas. 2.- O membro do conselho fiscal não é responsável pelos atos ilícitos de outros membros, salvo se com eles foi conivente, ou se concorrer para a prática do ato. 3.- A responsabilidade dos membros do conselho fiscal por omissão no cumprimento de seus deveres é solidária, mas dela se exime o membro dissidente que fizer consignar sua divergência em ata da reunião do órgão e a comunicar aos órgãos da administração e à assembléia geral. 4° O disposto nos. 5° , 6° e 8° do art. 141 aplica-se igualmente aos membros do conselho fiscal e aos acionistas que os elegerem, na forma do. 4°, alíneas "a" e "b", do art. 161”.*

La ley anterior trata:

- a. El deber de diligencia.
- b. La responsabilidad por el mal cumplimiento de los deberes a cargo del director.
- c. Establece el deber de lealtad al señalar que los directores deben ejercer sus funciones de acuerdo al mejor interés para la compañía en el caso concreto, evitando causar daños tanto a la compañía como a los socios.

\* *Estados Unidos de América.* La Uniform Fraudulents Conveyance Act responsabilidades y conductas penalizadas respecto a la administración de los entes societarios.

Una sociedad comercial puede ser penalmente condenada por:

- a. Cualquier delito cometido en la consecución de los negocios, sobre la base de

una conducta ejecutada, autorizada, alentada, ordenada, ratificada o imprudentemente tolerada en violación a un deber de mantener una supervisión efectiva sobre las actividades por parte de una de ellas: el directorio, un funcionario ejecutivo, o cualquier otro agente en una situación de autoridad comparable con relación a la formulación de la política societaria y también cualquier persona, sea o no funcionario de la empresa, en tanto la controle o esté responsablemente a su cargo establecer la política de la empresa.

b. Cualquier delito consistente en omitir el cumplimiento de deberes legalmente impuestos a la sociedad; y cualquier violación al deber requerido en otra norma.

\* *Ley de España.* La ley española (RDL 1564 22/12/1989) establece:

*“Artículo 127. Ejercicio del cargo. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones”*

*“Artículo 133 Responsabilidad. 1. Los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. 3. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta genera”*

\* *Código Civil Italiano.* El código Civil Italiano establece en su artículo 2392 que los administradores deben cumplir con los deberes a ellos impuestos por la ley y por el acto constitutivo de la sociedad, para lo cual deberán aplicar la diligencia del mandatario, y son solidariamente responsables hacia la sociedad por los daños derivados de la inobservancia de aquellas obligaciones.

El Código Civil, somete el tratamiento de la responsabilidad de los directores al resto de las normas específicas aplicables al contrato de mandato. Y ello resulta lógico en tanto y en cuanto, el art. citado se encuentra inserto en la normativa del Código Civil.

\* *Alemania*. La ley de Sociedades Alemana dedica los arts. 399 a 408 a tipificar los delitos e infracciones en lo que se incurre el administrador de una sociedad, a saber: a) la falsedad de datos; b) descripciones inexactas; c) infracción a las obligaciones en el caso de pérdida de capital o insolvencia; d) declaración falsa o falsificación de resguardos de depósitos; e) infracciones al deber de información; f) infracción al deber de secreto; etc.

14.10.8.5. Acto o contrato celebrado bajo extralimitación de funciones del representante legal. Cuando el representante legal desborda el objeto social de la compañía en el ejercicio de su cargo, así actúe con autorización de la junta o asamblea de socios, el acto o contrato podrá ser inexistente o viciado de nulidad absoluta:

a. Inexistente, posición que sostenemos, por faltar la voluntad del ente social en el caso de celebración de actos jurídicos y por faltar el consentimiento del mismo en el caso de la celebración contratos. Ya que el representante legal al extralimitarse en el ejercicio de sus funciones no está expresando la voluntad de la sociedad, faltando uno de los elementos esenciales para la celebración de cualquier acto o contrato. Por lo tanto el acto no obligaría a la sociedad.

Es preciso señalar que la inexistencia no requiere declaración judicial, sin embargo procesalmente tiene el mismo tratamiento que la nulidad absoluta en el derecho procesal colombiano, es decir para que no produzca efectos jurídicos el acto o contrato se requerirá que el juez lo declare nulo.<sup>590</sup>

---

<sup>590</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Art. 898.

b. Estará viciado de nulidad absoluta, pues el representante legal al actuar extralimitándose sus funciones está violando una norma imperativa que regula el ejercicio de sus funciones.<sup>591</sup>

#### **14.10.9. Periodo del representante legal**

14.10.9.1. Régimen comercial. En aquellas sociedades de economía mixta cuyo representante legal haya sido elegido por la junta directiva el periodo de su cargo debe ser estipulado de manera expresa, no sujeto a condiciones ni términos indefinidos.

Debe establecerse un límite exacto, de tal manera que toda persona que tenga interés en ello pueda conocer en forma precisa cuál es el tiempo en días, meses y años, en que el representante legal ejercerá su función. La legislación comercial establece que la duración del representante legal debe estar sujeta a un plazo, lo que significa que aquel que ejerza la representación de la sociedad, lo hará temporalmente, aunque nada impide que pueda ser reelegido.<sup>592</sup>

La razón de ser de éste mandato es evitar causar perjuicios a la sociedad y a los socios respetando, claro está, los derechos de las mayorías, cuando uno de sus funcionarios no se adecua a las exigencias de la empresa.

El artículo 198 del Código de Comercio dispone:

*”...Las elecciones se harán para los periodos determinados en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados libremente en cualquier tiempo.”*

---

<sup>591</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. Art. 899 y 196

<sup>592</sup> Frente a este punto, compartimos la opinión de Heliodoro Fierro Méndez en su obra *Sociedades (Legislación, conceptos)*, quien afirma que “*puede pensarse que la reelección, tras reelección es una manera de burlar la Ley, y de perpetuarse en la representación de la sociedad. Supóngase, por ejemplo que en una sociedad donde el representante legal sea un socio y que tiene la mayoría de cuotas, o que no siendo representante legal, designen a un tercero, pero por mayoría de votación, y la mayoría resida en un socio, ¿ no será acaso esa una manera de perpetuarse en la dirección, y de hacerle hula, hula a la Ley?*”

*“Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o juntas directivas, o que se exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.”*

De la lectura del Artículo 198 Código de Comercio se desprenden tres hipótesis<sup>593</sup>, que en la práctica se pueden presentar:

- a. Que expresamente se establezca la perpetuidad de la inamovilidad de los representantes legales.
- b. Que se estipule mayorías especiales en la votación para designación de administradores.
- c. Que se establezca mayorías especiales para remover a los administradores, superiores a las consagradas para designarlos o para otras decisiones comunes.

La primera hipótesis, si se pacta en el contrato social, se tendrá por no escrita por estar en contradicción con el imperativo legal.

En la segunda hipótesis, *“ por el solo hecho de plantearse en los estatutos una mayoría para nombrar a los representantes legales, no se puede deducir como regla general el criterio de “lo no escrito”, ya que en realidad, cualquier mayoría prevista, por ínfima que ésta sea, puede dificultar el nombramiento de nuevos administradores y por lo tanto la remoción de los anteriores.”*<sup>594</sup>

En la tercera hipótesis, tal estipulación se tendrá por no escrita, puesto que la remoción debe hacerse con la misma votación con que se eligió al administrador.

De la lectura del artículo 198 Código de Comercio, también se desprende, que los

---

<sup>593</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio Ex-15493, julio 12 de 1991, analizó el tema de la inamovilidad de los administradores.

<sup>594</sup> FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Sociedades. 1997, p. 114



socios pueden efectuar el cambio de los administradores en cualquier momento, aún cuando no se halla vencido el período para el cual fueron nombrados. Esta facultad es confirmada por la misma legislación mercantil en el artículo 425, según el cual en una reunión extraordinaria podrá debatirse el tema relacionado con la remoción o designación de los administradores, traduciéndose ello en una garantía para los asociados, ya que siempre podrán deliberar y decidir sobre tal asunto.

Es claro que cuando se decide remover a un administrador (representante legal) de su cargo, tal determinación debe obedecer a razones de peso que deberán ser evaluadas según los intereses de la sociedad, y no al capricho de alguno de los asociados u órganos. El profesor Hernán Villegas Sierra<sup>595</sup> sobre éste punto, expresa:

*“ Como atrás se dijo, bajo el régimen de delegación la revocabilidad de los administradores constituye un principio legal que no puede ser renunciado, limitado ni subordinado a mayoría especial por disposición del artículo 198 del Código de comercio.”*

En concepto de la Superintendencia de Sociedades<sup>596</sup> se señala :

- a. El encargo conferido a los administradores es temporal, de forma que en ningún caso puede pactarse en los estatutos una gestión por tiempo indefinido. El periodo tiene una calificación especial. Debe ser preciso y claro debidamente delimitado *“de tal manera que si en los estatutos se pactan periodos, tales como “ hasta su fallecimiento”, se deja al azar la permanencia en el cargo, dependiendo de un tiempo probable pero incierto, lo que ocurriría igualmente con expresiones tales como: “ por la duración de la obra”, “ por la duración de la cosa”, etc., pues sería imposible calcular el momento en que tales hechos*

---

<sup>595</sup> Régimen legal del las Sociedades de Responsabilidad Limitada 1ª Edición, 1982, Biblioteca Jurídica Dike, p. 211 y ss)

<sup>596</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Oficio SL- 11426, del 28 de mayo de 1987. En igual sentido ver oficio Ex-15496, Julio 12 de 1991.

*puedan ocurrir, y por lo tanto, el periodo de los administradores, si bien es cierto que estaría señalado o previsto, también lo es que sería indeterminado por no conocerse con precisión el momento en que debe terminar el mismo.”*

- b. Cuando el periodo del representante legal no hubiere quedado consignado en la escritura de constitución, debe procederse a reformar los estatutos para subsanar tal omisión.
- c. Mientras se realiza la reforma anteriormente referida, el periodo de quien haya sido nombrado como gerente será de un año, teniendo en cuenta que el artículo 422 del Código de Comercio previó entre los temas a tratar en las reuniones ordinarias a celebrarse cada año, la designación de administradores, siendo dicho momento oportuno para reelegir o remover a los administradores. Puesto que el máximo órgano social estudia la situación financiera de la empresa, las cuantas e informes que el representante legal presenta, pudiendo analizar la conveniencia o no de la permanencia de sus administradores para el buen funcionamiento de la sociedad.
- d. El vencimiento del período para el cual fue elegido un administrador no determina la cesación de sus funciones, pues el gerente conserva tal calidad hasta que un nuevo nombramiento sea inscrito en el registro mercantil según lo dispuesto por el artículo 164 del Código de Comercio.

**a) Renuncia del Representante legal.** La no inamovilidad del representante legal debe entenderse también, en el sentido que los administradores pueden renunciar a su cargo, pues no sería lógico que la regla de no inamovilidad o temporalidad sea entendida como que los administradores pueden ser removidos en cualquier tiempo, pero que respecto de ellos no se aplica y como consecuencia están obligados a permanecer en el cargo, a pesar de su decisión de separarse del mismo.

**b) Sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado.** El representante legal de una sociedad de

economía mixta sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado es agente del presidente de su libre nombramiento y remoción. Lo que significa que el Presidente de la República puede disponer del cargo discrecionalmente en cualquier momento, mediante acto administrativo.

**14.10.10. Extinción de la Representación.** Las funciones del representante legal de las sociedades de economía mixta cesarán:

- a. Cuando desaparece el ente societario de la vida jurídica<sup>597</sup>.
- b. Cuando se revoca el nombramiento por parte del órgano social competente al tratarse de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% y por remoción del cargo por parte del Presidente de la República en las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.
- c. En caso de renuncia debidamente aceptada.
- d. Por la muerte o incapacidad sobreviniente del representante, que haga imposible el ejercicio de sus funciones.

El artículo 164 del Código de Comercio menciona que las personas inscritas en la Cámara de Comercio como representantes o revisores fiscales de una sociedad, conservarán tal carácter “*para todos los efectos legales*” mientras no se cancele

---

<sup>597</sup> “También se menciona expresamente como administradores los liquidadores de sociedades, a pesar de que, por lo general se considera que estos funcionarios pertenecen al género de los representantes legales. En realidad, si se analiza la teoría generalmente aceptada de que la sociedad subsiste como persona jurídica durante la fase de liquidación, resulta lógico pensar que los liquidadores son las personas encargadas de hacer presente a esta entidad legal en sus relaciones con terceros.” REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Segunda edición. Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 1999.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades, en oficio DAL-32528 del 17 de Diciembre de 1985 expresó que “el liquidador es el representante legal de la sociedad disuelta y el administrador especial de su patrimonio “ ( Conceptos 1985-1988, t. VII. Pág 162). Sin embargo existe la interpretación contraria del profesor *Gabino Pinzón* , quien distingue entre los representantes legales y los meros administradores y clasifica a los liquidadores en éstos últimos :”a diferencia de un gerente, que es un representante legal de la sociedad como persona jurídica, un gestor o ejecutor de los negocios sociales y un administrador de los bienes de la compañía, el liquidador es un mero administrador de esos bienes”.

dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. Sólo a partir de la inscripción en el registro mercantil de la decisión respectiva, se producirá la separación del cargo, sin que el órgano respectivo hubiera procedido a designar reemplazo.

*Es pertinente observar que hubiera “[...] sido más lógico y correcto hacer la siguiente distinción: Para efectos externos, es decir, referentes a terceros, la persona inscrita conservaría su cargo mientras no se cancelara el registro, por el contrario, para efectos internos, es decir, en el ámbito de las relaciones entre los socios y el administrador, este, en sana, lógica debería perder su carácter de tal desde el momento mismo de su remoción o retiro, aunque todavía no se haya cumplido el trámite de la cancelación de su registro. Por tanto, cometió el código una equivocación al afirmar que para todos los efectos legales la persona inscrita conservará el cargo mientras no se cancele la inscripción, de aplicarse rigurosamente al pie de la letra esta disposición, se presentarían casos tan absurdos como el de que los socios tendrían que soportar en su cargo a un administrador deshonesto, aun cuando este haya sido removido, mientras se cumple el trámite de la cancelación del registro en la cámara.”<sup>598</sup>*

#### **14.10.11. Remuneración del representante legal.**

14.10.11.1 Régimen comercial. La remuneración del representante legal en las sociedades de economía mixta sometidas en todo al régimen privado es fijado por el órgano social al que le compete su elección, en las sociedades de economía mixta del orden nacional le corresponde a la junta directiva de la sociedad.

Sin embargo encontramos falencias en este tema pues no existen los criterios que fijen la remuneración del representante dejándose al arbitrio de los miembros de la junta directiva tal determinación.

---

<sup>598</sup> Compartiendo lo sostenido por la Superintendencia de Sociedades, se pueden consultar otros conceptos relacionados con el tema en oficio, 220-15609 del 10 de Agosto de 1994.

14.10.11.2. Sociedades de economía mixta sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado. El Decreto 661 de 2002 se encargó de establecer la remuneración de los empleos públicos pertenecientes a las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. En los que están incluidos los representantes legales de tales sociedades.

El artículo 1 del citado decreto dispone:

**“ARTICULO 1o.** *A partir del 1o. de enero de 2002, la remuneración mensual que por concepto de asignación básica y gastos de representación venían percibiendo a 31 de diciembre de 2001 los empleados públicos pertenecientes a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, directas e indirectas, del orden nacional sometidas al régimen de dichas empresas, será incrementada de conformidad con los porcentajes de las siguientes tablas, de acuerdo con el rango salarial más cercano que corresponda a dicha asignación básica mensual.*

*“Cuando la asignación básica mensual señalada a 31 de diciembre de 2001 corresponda exactamente al promedio de los rangos, el ajuste se hará teniendo en cuenta el porcentaje de incremento salarial asignado al rango superior.”*

**Tabla 19. Remuneración de los representantes legales**

Remuneración año 2001		% de Incremento
Hasta	\$ 286.360	8.0 %
Desde \$286.361 a	\$287.665	7.65%
Desde \$ 287.666 a	\$ 686.982	6.0 %
Desde \$686.983	de acuerdo a la siguiente tabla	

SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%
686,983	5.00	1,187,310	4.93	1,713,027	4.86	2,511,791	4.79	3,984,527	4.72
695,174	5.00	1,191,958	4.93	1,731,804	4.85	2,512,608	4.78	4,373,404	4.71
705,435	4.99	1,205,059	4.92	1,745,882	4.85	2,566,110	4.78	4,380,589	4.71
725,262	4.99	1,229,455	4.92	1,760,650	4.85	2,602,841	4.78	4,729,192	4.71
727,972	4.99	1,258,323	4.92	1,792,241	4.85	2,632,028	4.77	4,753,453	4.70
758,968	4.98	1,282,556	4.91	1,900,042	4.84	2,633,081	4.77	5,104,029	4.70
770,166	4.98	1,288,887	4.91	1,900,313	4.84	2,683,835	4.77	5,124,788	4.70

SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%	SALARIO 2001	%
806,166	4.98	1,321,163	4.91	1,928,396	4.84	2,740,389	4.76	5,151,179	4.69
822,020	4.98	1,323,430	4.90	1,944,079	4.83	2,751,225	4.76	5,252,848	4.69
852,529	4.97	1,363,312	4.90	1,988,399	4.83	2,839,604	4.76	5,304,111	4.69
891,334	4.97	1,396,282	4.90	2,002,135	4.83	2,885,306	4.76	5,348,312	4.68
939,003	4.97	1,396,439	4.89	2,019,029	4.82	2,893,482	4.75	5,534,324	4.68
972,332	4.96	1,462,581	4.89	2,035,943	4.82	2,985,111	4.75	5,637,268	4.68
973,662	4.96	1,479,058	4.89	2,120,708	4.82	3,034,816	4.75	5,700,176	4.68
994,696	4.96	1,481,689	4.89	2,160,324	4.81	3,061,421	4.74	5,720,000	4.67
1,009,568	4.95	1,495,719	4.88	2,172,959	4.81	3,219,124	4.74	5,816,289	4.67
1,030,309	4.95	1,527,445	4.88	2,207,716	4.81	3,304,089	4.74	5,948,800	4.67
1,030,554	4.95	1,556,949	4.88	2,278,252	4.81	3,333,766	4.73	6,007,656	4.66
1,081,998	4.94	1,567,521	4.87	2,306,359	4.80	3,520,327	4.73	6,016,851	4.66
1,082,442	4.94	1,577,845	4.87	2,329,104	4.80	3,546,375	4.73	6,420,093	4.66
1,136,692	4.94	1,587,931	4.87	2,380,293	4.80	3,596,208	4.72	7,022,132	4.65
1,165,918	4.93	1,630,536	4.86	2,476,706	4.79	3,597,716	4.72	7,403,654	4.65
1,179,124	4.93	1,669,254	4.86	2,499,198	4.79	3,954,642	4.72	8,083,567	4.65

#### **14.10.12 Representación legal de las sociedades de economía mixta: expresión del ejercicio del Poder.**

14.10.11.1 Representante legal como trabajador de una sociedad de economía mixta. En este título se analizará la eventual concurrencia de la calidad de representante legal de una sociedad de economía mixta y la calidad de trabajador de la misma, evento en el que se confunden dos extremos, por un lado sostener la calidad de empleador y por el otro el de trabajador de una misma compañía.

La hipótesis que se contempla cobra importancia cuando casos como el del Ministro del Interior y de Justicia Fernando Londoño Hoyos y su relación con la empresa Inversiones de Gases de Colombia S.A (Invercolsa)<sup>599</sup>, ponen de presente la controversia que suscita la pretendida defensa de intereses estatales y la utilización de figuras jurídicas que se yuxtaponen a un juego político.

<sup>599</sup> Artículo “ Primer pleito de Londoño” del diario El Tiempo del 3 de julio de 2002. Artículo “¿Debe irse?” de la revista Cambio del 15 de julio de 2002. Artículo “ Ecopetrol no conciliará con el Ministro del Interior y Justicia, Fernando Londoño, en caso Invercolsa” del diario El Tiempo del 24 de mayo de 2003.

En 1990 se creó Inversiones de Gases de Colombia S.A., que para 1997 el Ecopetrol, empresa industrial y comercial del Estado, poseía el 52% de participación accionaria. Lo que deja ver la naturaleza de sociedad de economía mixta de Invercolsa, encargada de la distribución de gas donde el Ecopetrol tuviese inversiones.

Invercolsa desde sus inicios contrató a Londoño como su representante legal a través de su firma de Abogados “*Londoño Hoyos y Abogados*” y fue en 1997, dos años después del retiro de Londoño de Invercolsa que Ecopetrol decidió vender sus acciones en la sociedad.

De acuerdo a las normas constitucionales y legales cuando el Estado va enajenar las acciones que tiene en una empresa debe ofrecerlas en primer lugar en condiciones preferenciales al sector solidario y trabajador de la respectiva compañía,<sup>600</sup> Fernando Londoño presentándose como expleado de Invercolsa compró el 20% del 52% de las acciones ofrecidas, mediante certificación firmada por Enrique Vargas Ramírez, el entonces representante legal de la distribuidora de gas, en la cual se hacía constar que Londoño había trabajado mediante un vínculo laboral con esta compañía.

El Ecopetrol inició un proceso judicial para tratar de anular la compra efectuada por Londoño, insistiendo que con ella se impidió la venta a un postor que estuviera dispuesto a pagar más por adquirir el control que implicaba el 52% de las acciones, causándole un grave perjuicio a los intereses de la Nación, afirmación sostenida por Antonio Urdinola, el entonces presidente del Ecopetrol. Por su parte Fernando Londoño mediante pronunciamiento judicial buscó confirmar su condición de expleado de Invercolsa, sin embargo tal pretensión no prosperó al negarla el Tribunal Superior de Bogotá en el mes de Julio de 2002, pronunciamiento en el cual se sostuvo que la vinculación de Londoño con Invercolsa fue de carácter

---

<sup>600</sup> En esta misma obra véase el Capítulo V

comercial y no laboral.

El caso de Fernando Londoño, dado su magnitud, se llevó a discusión al Congreso de la República quien ejerce un control político sobre aquellos que conforman el Gobierno Nacional.

Finalmente el 9 de diciembre de 2003 el Consejo de Estado falló una Acción Popular interpuesta para que esta Corporación dilucidara la controversia, tal acción invocó la protección de la Moralidad Administrativa y el Patrimonio del Estado.

Mediante la sentencia del Consejo de Estado se declaró la nulidad de la compra de las acciones adquiridas por Fernando Londoño al estar viciada por objeto ilícito. Como consecuencia del fallo deberá devolverlas, además deberá entregar los rendimientos producidos por las mismas. De esta manera ECOPETROL vuelve a asumir el dominio de Invercolsa al obtener con las acciones devueltas por Londoño el 52% de su capital.<sup>601</sup>

En el presente caso son diferentes aspectos que se analizan:

a. Jurídicos:

Vinculación de carácter laboral del representante legal con la sociedad. Frente al tema la Corte Suprema de Justicia<sup>602</sup> a dicho, “... *En anteriores ocasiones esta Sala ha explicado que en materia laboral los datos formales que resultan de documentos contractuales o similares, aunque sean elaborados de buena fe o con todas las apariencias de la legalidad que sean del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la existencia o inexistencia del vínculo contractual laboral, ya que deben preferirse los datos que ofrece la realidad de la relación jurídica analizada, si*

---

<sup>601</sup> El Tiempo. “Londoño pagará 4.550 millones más”, diciembre 11 de 2003. “Londoño a devolver las acciones de Invercolsa”, diciembre 10 de 2003.

<sup>602</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. En sentencia de casación de septiembre 2 de 1977.



*contradice lo que informan los aludidos documentos”.*

Según las normas laborales se constituirá una relación laboral cuando confluyan tres elementos, la actividad personal, la subordinación y la remuneración, relación laboral que una vez constituida define dos extremos, de una parte el trabajador y de otra el empleador. Surge, entonces, la pregunta de si el representante legal de una sociedad con facultades para contratar y firmar en condición de empleador, puede generar una relación laboral consigo mismo, rompiendo aparentemente la esencia del vínculo laboral<sup>603</sup>.

Sobre el particular es pertinente traer a colación la teoría del auto contrato, según la cual el representante en ejercicio de sus funciones realiza un acto jurídico en nombre de su representado y a la vez en el suyo propio, ya sea formando con aquel una misma parte en el acto celebrado o constituyéndose en su contraparte.<sup>604</sup>

De lo dicho se puede concluir que siempre que den los elementos que constituyen la relación laboral de acuerdo a lo dispuesto por el Código Sustantivo de Trabajo el representante legal de una sociedad, y en el caso particular, una sociedad de economía mixta puede estar vinculado con la sociedad que representa bajo el vínculo laboral. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia<sup>605</sup> cuando dice:

*“ Pero, como acontece generalmente, que quien representa los intereses de una persona jurídica es también un subalterno suyo, porque no sólo está en la obligación de acatar y cumplir sus determinaciones, órdenes o instrucciones que le impartan la asamblea general de asociados, la junta directiva o la junta de socios y demás organismos de dirección suprema del*

---

<sup>603</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Oficio 220-75990 diciembre 2 de 1998.

<sup>604</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría General de los actos o Negocios Jurídicos, Bogotá: Temis, 1998

<sup>605</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación del 10 de septiembre de 1986

*ente moral de que se trate, tales labores subordinadas del personero colectivo quedan regidas por un contrato de trabajo distinto e independiente del de mandato, a que ya se aludió e igualmente amparadas por lo prescrito en la Ley laboral.”*

*“ Existe pues, en la hipótesis que se analiza, una concurrencia de contratos donde, a pesar de su existencia y ejecución paralelas o concomitantes en el tiempo, cada contrato conserva su propia naturaleza jurídica y su propia individualidad, sin que la suerte de uno de ellos afecte necesariamente la del otro, y sin que la expiración o el incumplimiento de uno o de ambos contratos tengan las mismas consecuencias ante la Ley, por distintos los regímenes normativos aplicables a cada una de aquellas especies de contratación”*

- b. Políticos: En el caso que se analiza pone en evidencia el cuidado que requiere el ejercicio de procesos jurídicos como puede ser el de la Democratización de la propiedad accionaria, no solo en su aspecto procedimental sino desde los intereses políticos que supone.

De igual manera se pone sobre la mesa la observancia del comportamiento ético y responsable de aquellos que ejercen cargos de importancia como pueden ser los representantes legales de empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta, Ministros etc, por la defensa y promoción que con el ejercicio de sus cargos se debe dar al interés público y bien común, el cual se ve amenazado por los intereses privados e inescrupulosos de algunos.

#### **14.11 REVISOR FISCAL**

A través del órgano de la revisoría fiscal el tipo de fiscalización que se cumple es la llamada fiscalización privada que coexiste sin oponerse a otras modalidades de fiscalización que se ejerce sobre los negocios sociales como son: la **fiscalización individual**, a través de la cual los socios ejercen el derecho de inspección de los libros y documentos de la sociedad según los artículos 314, 328, 369 y 422 del Código de Comercio, y la **fiscalización administrativa** ejercida por las

Superintendencias.

**14.11.1 Clases.** En el régimen comercial el órgano de la revisoría fiscal puede ser:

14.11.1.1 Órgano Obligatorio. La revisoría fiscal es un órgano que la ley exige en la sociedad anónima, en la comanditaria por acciones y en toda sucursal de compañía extranjera según lo prescrito en el artículo 203 del Código de comercio.

La Ley 43 de 1990 en el párrafo 2 del artículo 13, menciona que la constitución de este órgano también es obligatorio en todas las sociedades comerciales, sin importar su naturaleza cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente a tres mil salarios mínimos.

a. En las sociedades anónimas la elección del revisor fiscal corresponde exclusivamente a la asamblea de accionistas con votos de la mayoría absoluta según lo dispuesto en el artículo 204 del Código de Comercio. Así mismo se indica para su remoción la mayoría relativa, es decir la mitad más una de las acciones presentes en la reunión, remoción que se puede efectuar en cualquier tiempo.

b. En las sociedades en comandita por acciones el revisor fiscal es elegido por la mayoría de votos de los comanditarios, los administradores por lo tanto no tienen injerencia en tal elección.

c. En las sucursales de sociedades extranjeras el revisor es nombrado por el órgano que conforme a los estatutos de la sociedad principal sea el encargado para elegirlo.

14.11.1.2 Órgano Potestativo. En ciertas sociedades cuya administración no esta a cargo de todos los socios, la constitución de la revisoría fiscal es potestativa ya que puede ser creado por un número de socios no administradores que representen por lo menos el 20 por ciento del capital social.

**14.11.2 La revisoría fiscal en las sociedades de economía mixta.** En las sociedades de economía mixta el órgano de la revisoría fiscal deberá funcionar por darse alguno de los presupuestos contenidos en el artículo 203 del Código de Comercio y en el parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

Las sociedades de economía mixta deberán tener revisor fiscal cuando:

- a. Se constituyan en sociedades por acciones.
- b. Por ley o por los estatutos de la sociedad la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital.
- c. Cualquiera que sea el tipo social adoptado cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos.

Del estudio efectuado en el presente trabajo se concluye que:

- a. Las sociedades de economía mixta del orden nacional están constituidas como sociedades anónimas cuyo capital se compone por acciones. Por lo tanto es obligatorio tener revisor fiscal.
- b. El revisor fiscal debe ser designado y ejercer sus funciones en los términos

señalados en el Código de Comercio, cualquiera que sea el porcentaje de participación de los aportes públicos en el capital de la empresa y sin importar el nivel nacional, departamental o municipal de la misma.<sup>606</sup>

- c. Sin perjuicio de lo anterior son también aplicables las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando las sociedades de economía mixta se constituyen como establecimientos de crédito o como sociedades de servicios financieros.
- d. La revisoría fiscal en las sociedades de economía mixta debe darse sin perjuicio del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República conforme a las normas constitucionales y legales mencionadas.<sup>607</sup>

14.11.2.1 Objetivos. A la revisoría fiscal en las sociedades de economía mixta le corresponde ejercer una función de vigilancia permanente de la actividad social, le corresponde por tanto proteger los intereses particulares o de los socios y también *“velar por los intereses económicos de la comunidad entendiéndose por ésta no solamente a las personas naturales o jurídicas vinculadas directamente a la empresa sino a la sociedad en general, y naturalmente, el Estado”*<sup>608</sup>. Esta función se predica igualmente al papel de la revisoría fiscal en las sociedades mercantiles, sin embargo consideramos que tratándose de las sociedades de economía mixta el órgano de la revisoría fiscal cobra una especial importancia por el interés directo que tiene el Estado en ellas para la consecución de los fines públicos.

La Corte Constitucional<sup>609</sup> se ha pronunciado y ha dicho sobre el órgano de la revisoría fiscal lo siguiente:

---

<sup>606</sup> SUPERINTENCIA DE SOCIEDADES oficio 220-21427 de octubre 6 de 1993.

<sup>607</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.5

<sup>608</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 4 de marzo de 1998. Exp. D 1787.

<sup>609</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 4 de marzo de 1998. Exp. D 1787. Sentencia C- 780 del 25 de junio de 2001.

- a. La revisoría fiscal participa en el cumplimiento de las funciones y fines del Estado, por lo cual se le impone el ejercicio de una labor eficaz, permanente, integral, independiente, oportuna y objetiva con el fin de garantizar e incentivar la inversión, el ahorro, el crédito y en general la promoción del desarrollo económico.
- b. La actuación del revisor fiscal no se limita a dar seguridad a los propietarios de las empresas acerca del cumplimiento de normas legales y estatutarias por parte de la administración y de la conservación de los bienes de la sociedad, le corresponde también la protección de los intereses de terceros.
- c. La revisoría fiscal representa un sello de garantía de la gestión eficiente y transparente del administrador.
- d. En nombre del Estado el revisor fiscal tiene el encargo de velar por el cumplimiento de las leyes y de los estatutos de la empresa. Su actividad gira esencialmente en torno a los dictámenes sobre los Estados Financieros y el resultado de las operaciones en cada periodo.
- e. Para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo está facultado para solicitar y obtener todas las actas, libros, documentos y valores de las empresas, cuya información debe estar a su alcance lo que le exige y le permite estar al tanto de la actividad empresarial.

Las Superintendencia de sociedades, bancaria y de valores en relación con los objetivos de la revisoría fiscal, opinión que compartimos, ha señalado<sup>610</sup>:

---

<sup>610</sup> Circular externa y Conjunta de la Superintendencia de sociedades (005), Bancaria (076), y de Valores (015) del 19 de septiembre de 1989. En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Bancaria en la Circular externa 7/96.

- a. Controlar y análisis permanentemente los asuntos sociales para que el patrimonio de la empresa sea adecuadamente protegido, conservado y utilizado y para que las operaciones se ejecuten con la máxima eficiencia posible.
- b. Vigilar permanentemente para que los actos administrativos al tiempo de su celebración y ejecución se ajusten al objeto social de la empresa y a las normas legales, estatutarias y reglamentarias vigentes, de tal manera que no se presente irregularidades en detrimento de los accionistas, los terceros y la propia empresa.
- c. Ejercer una inspección constante sobre el manejo de los libros de contabilidad, los libros de actas, los documentos contables y archivos en general, para asegurarse que los registros hechos en los libros son correctos y cumplen todos los requisitos establecidos por la ley, de manera que puede conservar los documentos de soporte de los hechos económicos, de los derechos y de las obligaciones de la empresa, como fundamento que son de la información contable de la misma.
- d. Emisión de certificaciones e informes sobre los Estados financieros, si el balance presenta en forma fidedigna la situación financiera y el estado de pérdidas y ganancias y el resultado de las operaciones, de acuerdo con normas de contabilidad generalmente aceptadas.
- e. Colaboración con las entidades gubernamentales de regulación y control.

14.11.2.2. Ejercicio de la Revisoría Fiscal. En el derecho mercantil colombiano, la revisoría fiscal<sup>611</sup> se concibe como un órgano cuya dirección puede ser confiada a una persona natural o una persona jurídica, en cuyo caso la firma de contadores

---

<sup>611</sup> “La regulación vigente en Colombia sobre este órgano social se ha considerado deficiente y no garantiza a los asociados una real y efectiva protección de sus intereses frente a los excesos o desviaciones de los administradores.” Op. Cit. NARVAEZ, José Ignacio.

deberá asignar la dirección del órgano a una persona natural la cual deberá ser contador público.

Para las sociedades de economía mixta no se ha dispuesto nada diferente a lo anteriormente dicho, por lo tanto en lo que se relaciona al ejercicio de la revisoría fiscal el ordenamiento mercantil tiene plena aplicación.

**Tabla 20. Revisores Fiscales actuales**

Sociedad de Economía Mixta	Revisor Fiscal
BANCO GRANAHORRAR	<b>PERSONA JURIDICA</b> DELOITTE & TOUCHE LTDA D & T LTDA N.I.T.08600058134 PRINCIPAL JIMENEZ MENDEZ NORELA ESPERANZA <b>SUPLENTE</b> VARGAS SUAREZ ESPERANZA
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	<b>PERSONA JURIDICA</b> FAST & ABS AUDITORES LTDA N.I.T.08001594847 PRINCIPAL GONZALEZ CAÑON JAIRO ENRIQUE <b>SUPLENTE</b> CRUZ DAZA PEDRO ELISEO
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI)	<b>PERSONA JURIDICA</b> KPMG LTDA N.I.T.0860000846 PRINCIPAL MENDIETA PINILLA MERY <b>SUPLENTE</b> PRIETO ZARATE LUZ STELLA
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.	PERSONA JURIDICA BDO AUDIT AGE S. A. N.I.T.08606000639 PRINCIPAL DIAZ QUIROGA JOSE RICARDO <b>SUPLENTE</b> GUERRERO RUIZ ZANDRA YANETH
CORPORACION DE ABASTOS DE BOGOTA S.A.	PERSONA JURIDICA MORISON INTERNATIONAL ACCOUNTING LTDA N.I.T.08300550309 PRINCIPAL MOLANO RODRIGUEZ CARLOS AUGUSTO <b>SUPLENTE</b> DAVILA MOJICA LUIS ALEJANDRO
ALMAGRARIO S.A.	PERSONA JURIDICA BDO AUDIT AGE S A N.I.T.08606000639 PRINCIPAL MOYA SANDOVAL LUIS HERNAN <b>SUPLENTE</b> SUESCUN BASTO FLOR ELBA



	CARDENAS GARCIA JUAN CARLOS
VECOL S.A.	PERSONA JURIDICA KPMG LTDA N.I.T.08600008464 PRINCIPAL SANCHEZ HERNANDEZ DEYANIRA <b>SUPLENTE</b> ALBARRACIN MIER SONIA YANETH

Sociedad de Economía Mixta	Revisor Fiscal
BANAGRARIO S.A.	PERSONA JURIDICA ARTHUR ANDERSEN & CIA COLOMBIA LTDA N.I.T.08600088367 PRINCIPAL MENA CARDONA ELSA VICTORIA <b>SUPLENTE</b> HERNANDEZ ORDUZ JORGE ALFREDO MARTINEZ CAMINO CLAUDIA
FINAGRO S.A.	PERSONA JURIDICA BDO AUDIT AGE S A N.I.T.08606000639 PRINCIPAL DIAZ QUIROGA JOSE RICARDO <b>SUPLENTE</b> ESCOBAR BARRERA ALFONSO ISMAEL
FIDUCOLDEX S.A.	PERSONA JURIDICA KPMG LTDA N.I.T.08600008464 PRINCIPAL CAMARGO MAHECHA ALEXANDER <b>SUPLENTE</b> TOVAR SANCHEZ CLAUDIA MARCELA
BANCOLDEX S.A	PERSONA JURIDICA KPMG LTDA N.I.T.08600008464 PRINCIPAL FLOREZ HERNANDEZ PEDRO JULIO <b>SUPLENTE</b> PRECIADO VILLARRAGA PEDRO ANGEL
CORPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA S.A.	PERSONA JURIDICA GUALY & ASOCIADOS LTDA N.I.T.08300006594 PRINCIPAL LOZANO LOZANO LEONARDO <b>SUPLENTE</b> GUALY CEBALLOS JOSE VICENTE
HOTEL SAN DIEGO S.A.	PRINCIPAL MORALES HUERTAS JOSE ROSSO <b>SUPLENTE</b> GUERRA GRANDA OBDULIO ONESIMO

Fuente: Certificados de existencia y representación legal a julio de 2003 expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá.

**a) Persona Natural.** El Código de Comercio en el artículo 215 establece que el

revisor fiscal deberá ser contador público, cuya inscripción como tal no este suspendida ni cancelada y que no se encuentre en ninguna situación de incompatibilidad o inhabilidad consagrada en la ley. Sin embargo se debe tener presente que la calidad de contador público no es necesaria cuando la constitución de éste órgano es potestativo por ente societario, supuesto que no se cumple en las sociedades de economía mixta del orden nacional, pues al constituirse en sociedades por acciones, del tipo de las anónimas, le es obligatorio la puesta en funcionamiento de éste órgano social exigiendo la calidad de contador público para quien ejerza el cargo de revisor fiscal.

**b) Persona Jurídica.** Aquella persona jurídica que tiene como objeto principal la prestación de los servicios propios de los contadores públicos y de las actividades relacionadas con la ciencia contable es denominada sociedad de Contadores públicos según lo dispuesto en la artículo 4 de la Ley 43 de 1990. A estas sociedades podrá confiarse el ejercicio de la revisoría fiscal por medio de sus socios y de sus dependientes o mediante contrato efectuado con otros contadores públicos.

En las sociedades de contadores públicos el ochenta por ciento o más de los socios deberán tener la calidad de contadores públicos y su representante legal será un contador público cuando todos los socios tengan tal calidad.

**14.11.3 Elección del revisor fiscal.** El Estatuto mercantil en el artículo 204 asigna la elección del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas o junta de socios, mediante el voto de la mayoría absoluta, precisando que en las sociedades comanditarias por acciones, el revisor será elegido por la mayoría de votos de los comanditarios, sin mencionar si se trata de todos los socios comanditarios o de los presentes en la asamblea. Frente a esto último, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 222 de 1995 con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículos 155, 20, numerales 5 y 455

del Código de Comercio, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos presentes. También prevé el mismo artículo que en los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores podrá pactarse un quórum diferente o de mayorías superiores a las indicadas.

Tanto la designación como la remoción de los revisores fiscales, tal como lo señala el Código de Comercio en el artículo 163 deberá registrarse en la Cámara de Comercio, de tal manera que éstos conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento.<sup>612</sup>

En las sociedades de economía mixta en el orden nacional, se observa la aplicación de las disposiciones mercantiles en esta materia:

**Tabla 21. Elección del Revisor Fiscal en las Sociedades de Economía Mixta en el Orden Nacional**

Nombre	Vinculada al Ministerio	Órgano competente
BANCAFE	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Elección a cargo de la asamblea general de accionistas. El proceso de selección se efectúa mediante invitación a concurso para garantizar la libre concurrencia de oferentes.
BANESTADO <sup>613</sup>	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	El revisor fiscal y el suplente serán elegidos por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público.
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Estado actual en liquidación.
CENTRAL DE INVERSIONES. CISA	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	La elección del revisor Fiscal estará a cargo de la asamblea general de accionistas.
COFINPRO S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	Desde 1993 no ejerce su objeto social y se encuentra en un proceso liquidatorio especial, desde el momento en que fuera nacionalizada en 1986.

<sup>612</sup> CONSEJO DE ESTADO Sección primera. Sentencia del 18 de Junio de 2001. Radicación número: 11001-03-24-000-1999-5691-01(5691).

<sup>613</sup> La junta directiva señalará la apropiación presupuestal, para el desempeño de las funciones propias de la revisoría fiscal, de conformidad con el artículo 28 de los Estatutos del Banco del Estado.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	La elección le corresponde a la asamblea general de accionistas.
---------------------------------	-------------------------------	---

<b>Nombre</b>	<b>Vinculada al Ministerio</b>	<b>Órgano competente</b>
LA PREVISORA S.A. (Compañía de seguros)	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	La elección le corresponde a la asamblea general de accionistas.
FIDUESTADO	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	La elección le corresponde a la asamblea general de accionistas.
FINANCIERA FES	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	La elección le corresponde a la asamblea general de accionistas.
GRANAHORRAR	HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	La elección le corresponde a la asamblea general de accionistas.
ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.	DESARROLLO ECONÓMICO	La elección le corresponde a la asamblea general de accionistas.
INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI) <sup>614</sup>	DESARROLLO ECONÓMICO	El revisor fiscal y el suplente serán elegidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público previo análisis de las ofertas por la Asamblea General de Accionistas.
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	DESARROLLO ECONÓMICO	La elección del revisor fiscal compete a la Asamblea General de Accionistas. Siguiendo las reglas establecidas para la contratación directa en la Ley 80 de 1993
VECOL S.A.	AGRICULTURA	La elección del revisor fiscal está a cargo de la asamblea general de accionistas. La gerencia no tiene ninguna injerencia en la designación del revisor fiscal, su función se refiere a los procedimientos para recibir las ofertas que serán presentadas a la asamblea general de accionistas.
BANAGRARIO S.A.	AGRICULTURA	El revisor Fiscal es designado por el Presidente de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito público.
FINAGRO S.A.	AGRICULTURA	La elección del revisor fiscal se encuentra a cargo de la asamblea general de accionistas.
FIDUCOLDEX	COMERCIO EXTERIOR	La elección se encuentra a cargo de la asamblea general de accionistas de la sociedad La selección se realiza con base a varias propuestas presentadas atendiendo a criterios técnicos y financieros.

<sup>614</sup> La Asamblea General de Accionistas decidirá sobre los honorarios para períodos de un año, según el artículo 56 de los Estatutos del Instituto de Fomento Industrial.

Nombre	Vinculada al Ministerio	Órgano competente
BANCOLDEX <sup>615</sup>	COMERCIO EXTERIOR	La elección del revisor fiscal está a cargo de la asamblea general de accionistas. Los criterios adoptados para la escogencia implican la evaluación del alcance de la metodología utilizada, el valor de los honorarios y la experiencia internacional.
CORPORACIÓN DE INDUSTRIA AERONÁUTICA S.A.	DEFENSA	El revisor fiscal con su suplente será designado por la asamblea general de accionistas. La gerencia recomienda en el nombramiento del revisor fiscal pero al no tener voto no interviene en la escogencia del mismo. La junta directiva recibe las propuestas y el concepto de las mismas del gerente general para que la asamblea de accionistas realice la elección.
SOCIEDAD HOTEL SAN DIEGO S.A. HOTEL TEQUENDAMA	DEFENSA	Corresponde a la asamblea general de accionistas elegir al revisor fiscal.
SOCIEDAD FERROVIARIA S.A.	TRANSPORTE	Estado actual en liquidación.

Fuente: Derecho de petición No 2473 del 19-07-2002 del Banco Agrario de Colombia; derecho de petición No 9391 del 04-07-2002 de BANCOLDEX; derecho de petición del 12-07-2002 del Hotel Tequendama; derecho de petición No 4505 del 11-07-2002 de FIDUCOLDEX; derecho de petición No 6240 del 11-07-2002 del Fondo Nacional de Garantías. Estatutos Sociales de Central de inversiones S.A., Artesanías de Colombia S.A., Instituto Colombiano de Fomento Industrial, Finagro S.A., Banco del Estado; derecho de petición No 6219 del 30-07-2002 Vecol, derecho de petición No 2463 del 08-07-2002 Corporación Aeronáutica.

De la anterior tabla podemos concluir lo siguiente:

- a. En aquellas sociedades donde no existe una aplicación de normas especiales como pueden ser las contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil, la elección del revisor fiscal corresponde a la asamblea general de accionistas tal como lo dispone el numeral 4 del artículo 187, el artículo 204 y 420 del Código de Comercio:

<sup>615</sup> La Asamblea General de Accionistas determina la remuneración del revisor fiscal, de conformidad con el artículo 60 de los Estatutos de Bancoldex.

*“ Artículo 187. La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad.*

*...*

*4. Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos y las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente.”*

*“ Artículo 204. La elección de revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la asamblea o de la junta de socios.*

*....”*

Para el tipo de las anónimas tipo social adoptado por las sociedades de economía mixta del orden nacional el numeral 4 del artículo 420 del Código de Comercio dispone:

*“ Artículo 420. La asamblea general de accionistas ejercerán las siguientes funciones:*

*...*

*4. Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponde....”*

- b. Las sociedades sometidas a la aplicación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como son, entre otros, los establecimientos de crédito y las sociedades de servicios financieros, la elección del revisor fiscal corresponde a la asamblea general de accionistas. Pero aquellas sociedades que estén sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, en que las funciones de la asamblea general de accionistas las cumpla la junta o el consejo directivo la designación del revisor corresponderá al Gobierno Nacional a través del Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, según lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 79 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil.
- c. Corresponderá al superintendente bancario dar posesión del revisor fiscal de las entidades sometidas a su control y vigilancia. La posesión sólo se efectuará una vez el superintendente bancario se cerciore acerca del carácter e idoneidad

- y la experiencia de quien vaya a ocupar el cargo.
- d. No existen criterios y procesos de selección únicos y uniformes del revisor fiscal en las sociedades de economía mixta del orden nacional.<sup>616</sup>
  - e. Los Ministerios a los cuales se encuentran vinculadas sociedades no tienen previsto dentro de sus directrices la fijación de los criterios y procesos de selección del revisor fiscal en las sociedades de economía mixta del orden nacional.
  - f. En materia laboral, en relación sobre la calidad del revisor fiscal como empleado de la sociedad de economía mixta en la sentencia del Consejo de Estado del 18 de Noviembre de 1970<sup>617</sup> se expone:
    - I. En las sociedades en que la participación económica estatal sea menor al 50% de su capital social, los empleados se consideran particulares sujetos al Código Sustantivo de Trabajo y a la jurisdicción laboral ordinaria.
    - II. En aquellas sociedades en que la participación estatal sea igual o superior al 50% y menor al 90% del capital social, los empleados tienen la calidad de trabajadores oficiales sometidos a una mezcla de derecho laboral administrativo y de derecho laboral común.
    - III. En aquellas sociedades en que la participación estatal sea igual o superior al 90% del capital social, la mayoría de los empleados serán trabajadores oficiales, pero los de dirección o de confianza que se señalen en los estatutos serán empleados públicos sometidos al derecho público y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

**14.11.4 Inhabilidades e Incompatibilidades.** El revisor fiscal en el ejercicio de sus funciones debe ser objetivo y gozar de independencia, la objetividad significa imparcialidad en el conocimiento de los asuntos que entran en el campo de su acción profesional. Esto es especialmente importante cuando se trata de certificar,

---

<sup>616</sup> En esta misma obra véase numeral 14.10.5.4.

<sup>617</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 18 de Noviembre de 1970 Anales, t. XL, págs 230 y SS. En el mismo sentido véase, Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, 22 de abril de 1977, radicación 1137, Anales, t. XCII, números 453-454, págs 37 y ss.



dictaminar u opinar sobre los estados financieros de la empresa.

En aras de salvaguardar la independencia con respecto a cualquier interés ajeno al ejercicio ético y responsable del revisor fiscal, se han establecido diferentes disposiciones las cuales deben ser advertidas por quien aspire al cargo.

14.11.4.1 Sociedades de economía mixta. La Ley 489 de 1998 en el Capítulo XIV correspondiente a las sociedades de economía mixta en el artículo 102 se refiere al tema de inhabilidades e incompatibilidades de la siguiente manera:

*“ Artículo 102. **Inhabilidades e incompatibilidades.** Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la nación o sus entidades posean el noventa por ciento o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.”*

De la anterior disposición concluimos que la Ley 489 de 1998 ha incurrido en una omisión al no mencionar el régimen de inhabilidades correspondiente a los revisores fiscales de las sociedades de economía mixta lo que significa que el estudio de este implica el análisis de diferentes ordenamientos, pues las disposiciones relacionadas con el tema varían dependiendo del régimen aplicable a tales sociedades como puede ser aquellas sometidas a la aplicación del derecho privado o como las sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.

**a) Código de Comercio.** Aquellas sociedades de economía mixta cuya participación estatal en el capital social es menor del noventa por ciento se rigen por las disposiciones del derecho privado.

Conforme al Artículo 205 del Código de Comercio no podrán ser revisores:

1. Quienes sean asociados de la misma compañía o de alguna de sus subordinadas, ni en estas, quienes sean asociados o empleados de la sociedad matriz.
2. Quienes estén ligados por matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad, o sean consocios de administradores y funcionarios directivos, el cajero, auditor o contador de la misma sociedad.
3. Quienes desempeñen en la misma compañía o en sus subordinadas cualquier otro cargo.
4. Quien haya sido elegido como revisor fiscal no podrá desempeñar en la misma sociedad ni en sus subordinadas ningún otro cargo durante el periodo respectivo.

Consideramos que de los cuatro numerales anteriores los tres primeros corresponden a las denominadas **inhabilidades**, es decir quien desee aspirar al cargo de revisor fiscal no puede estar incurso en las situaciones descritas. Tratándose del numeral cuarto consideramos que no corresponde a una causal de inhabilidad sino más bien corresponde una **incompatibilidad**, es decir aquel que una vez nombrado como revisor fiscal de una sociedad no podrá desempeñar otro cargo por ser incompatible al ejercicio de las funciones de la revisoría.

Otras disposiciones que se refieren a inhabilidades e incompatibilidades del revisor fiscal son:

- a. La ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996 en su artículo 150 entre las incompatibilidades que establece para quienes ejercen cargos en la rama jurisdiccional, establece “ *...La calidad de comerciante el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, salvo las excepciones legales*”. Es decir quien aspire al cargo de revisor fiscal no podrá estar ocupando un empleo en la

rama jurisdiccional del poder público.

b. El Artículo 215 del Código de Comercio establece que una misma persona no puede ejercer el cargo de revisor fiscal en más de cinco sociedades anónimas o en comandita por acciones.

c. La Ley 43 de 1990 en el artículo 51 establece que en ningún caso puede asignarse como revisor fiscal a asociaciones o firmas de contadores en las que algunos de sus afiliados o empleados haya actuado como empleado de la sociedad o de alguna de sus subordinadas durante los seis meses anteriores.

14.11.4.2. Sociedades de economía mixta con régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado. Como muestra el cuadro No ( Nombramiento del revisor fiscal) el nombramiento del revisor fiscal de las sociedades de economía mixta con régimen jurídico de empresa industrial y comercial del Estado es efectuado por la Asamblea General de Accionistas y en algunos casos tal nombramiento es efectuado por el Presidente de la República con el concurso del Ministro de Hacienda y Crédito Público, por expresa disposición del numeral 2 del Artículo 79 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil.

De lo anterior concluimos: Cuando la Asamblea de Accionistas elige al revisor fiscal el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable es el correspondiente al del Derecho privado, explicado anteriormente. Pero cuando la elección la efectúa el Gobierno Nacional consideramos que el revisor fiscal así elegido es agente del presidente de su libre nombramiento y remoción, considerándose servidor público al cual le son aplicables el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y en general todas las disposiciones previstas en el Estatuto único Disciplinario, Ley 734 de 2002, que derogó el Decreto 128 de 1976.

La Ley 734 de 2002 en los artículos 36 al 41 del Título IV, establece el régimen de

inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses del servidor público que explicaremos a continuación.

#### 1. Inhabilidades:

a. Haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

b. Haber sido sancionado disciplinariamente tres veces o más veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

c. Hallarse en Estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

d. Haber sido declarado responsable fiscalmente. Esta inhabilidad impedirá contratar con el Estado además de inhabilitar el ejercicio de cargos públicos durante los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. La inhabilidad cesará cuando la Contraloría declare haber recibido el pago o, si éste no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales. Si han pasado cinco años sin que ello ocurra, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; ; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

e. El servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio público, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas según lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política.

## 2. Incompatibilidades

El Código Disciplinario Único en el artículo 39 numeral 2 establece como incompatibilidad de todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

## 3. Conflicto de intereses.

El revisor fiscal se encontrará en conflicto de intereses y deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o en su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.<sup>618</sup>

**14.11.5. Características de la Revisoría Fiscal.** Las características<sup>619</sup> propias de las funciones que se desempeñan en el órgano de la revisoría fiscal son:

- a. Permanencia: la labor del revisor fiscal debe cubrir las operaciones de la sociedad en su fase de preparación, celebración y ejecución. Lo que implica que su responsabilidad y acción deben ser permanentes, según se deduce de lo dispuesto en los ordinales 1y 5 del artículo 207 del Código de Comercio.

---

<sup>618</sup> LEY 734 de 2002. Art. 40

<sup>619</sup> SUPERINTENDENCIA BANCARIA Circular Externa 7/96

*“ Artículo 207. Son funciones del revisor fiscal:*

*1. Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;...*

*5. Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;*

- b. Cobertura total: La acción del revisor fiscal es total, es decir, ningún aspecto o área de operación de la empresa podrá estar vetado al revisor fiscal. Todas las operaciones o actos de la sociedad, como todos sus bienes, sin reserva alguna, son objeto de su fiscalización.
- c. Independencia de acción y criterios: El revisor fiscal debe cumplir las responsabilidades que le asigna la Ley y su criterio debe ser personal, basado en las normas legales, en su conciencia social y en su capacidad profesional. Su gestión debe ser libre de todo conflicto de interés que le reste independencia y ajena a cualquier tipo de subordinación respecto a los administradores que los sujetos pasivos de su control.
- d. Función Preventiva: La vigilancia que ejerce el revisor fiscal debe ser de carácter preventivo, sus informes oportunos para que no se incurran en actos irregulares, ilícitos o contrarios a las órdenes de los órganos superiores, según lo disponen los ordinales 2 y 5 del Artículo 207 del Código de Comercio.

*“ Artículo 207 Son funciones del revisor fiscal:*

*...*

*2. Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios”.*

**14.11.6. Funciones y Deberes del revisor fiscal.** En relación con las funciones y deberes del revisor fiscal en las sociedades de economía mixta, no hay norma expresa que se refiera al tema por lo tanto acogeremos lo dicho al respecto por el Código de Comercio.

Las funciones del revisor fiscal son específicas y concretas se encuentran dispuestas en el artículo 207 del Estatuto mercantil.<sup>620</sup>

a. Vigilancia de las operaciones sociales

El revisor Fiscal deberá cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajusten a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva. Esta tarea no puede ser una labor pasiva por parte del revisor fiscal, por el contrario éste debe indicarle al funcionario o al cuerpo plural respectivo los errores observados para que sean rectificadas en el menor tiempo posible. Lo cual implica que el revisor previamente ha de conocer todas y cada una de las operaciones y estudiar no sólo que se ajusten contablemente a lo prescrito por la Ley, sino verificar su concordancia con las disposiciones estatutarias y decisiones de la asamblea general o junta de socios como de la junta directiva.

Esta función comprenderá entonces, revisar que todas las operaciones sociales se ajusten al objeto social, que hayan sido adoptadas y celebradas dentro del marco de la representación legal.

Si existieren requisitos o autorizaciones previas establecidas por la asamblea o junta de socios, cerciorase que se hayan obtenido y en general que la actividad social se esté llevando a cabo por encima de los intereses particulares en pro del interés social.

El Consejo de Estado sobre el particular ha dicho:

*“...las funciones del revisor fiscal van más allá de la revisión de la contabilidad y la expresión de una opinión sobre tales Estados, pues su misión incluye la vigilancia del cumplimiento por parte de los administradores de las sociedades de las normas legales, los estatutos y las decisiones de la asamblea, la*

---

<sup>620</sup> Sobre el particular véase la Circular Externa 7/96 de la Superintendencia Bancaria

*detección y denuncia de irregularidades y la colaboración con las entidades gubernamentales...*<sup>621</sup>

#### b. Información de irregularidades

De la anterior función se desprende que el revisor fiscal deberá dar oportuna cuenta por escrito a la asamblea o junta de socios, o a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios. Sí el acto no esta conforme con la Ley, los estatutos o las decisiones de la junta de socios o asamblea de accionistas, el acto debe someterse a estudio y decisión del órgano social correspondiente, con el respectivo informe escrito del revisor.<sup>622</sup>

#### c. Colaboración

El revisor fiscal deberá colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan el control y vigilancia de las sociedades y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados. El fundamento de la colaboración radica en la importancia de las funciones asignadas al revisor, las cuales trascienden el ámbito privado y el interés de la persona jurídica y de sus asociados, al ámbito social.

La colaboración debe ser amplia, oportuna, completa e integral y no puede limitarse a la remisión de informes que expresamente se solicitan.

#### d. Vigilancia de la contabilidad y actas de la sociedad

El revisor velará porque se lleve regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de reuniones de la asamblea o de la junta de socios y de la junta directiva, y

---

<sup>621</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta del 30 de marzo de 2001. Expediente 10093.

<sup>622</sup> Con respecto a ésta función el Consejo de Estado en la sección primera se ha pronunciado en sentencia del 20 de Agosto de 1987.



porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines.

Las sociedades de economía mixta son consideradas comerciantes, por lo tanto están obligados “inequívoca e incuestionablemente” a llevar contabilidad regular de sus negocios.

#### e. Inspección de los bienes de la sociedad

El revisor deberá también inspeccionar los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier título. Por lo tanto el revisor fiscal debe verificar con periodicidad y por percepción directa la existencia de los activos y pasivos de la compañía, exigir los seguros que los amparen; debe procurar que se tomen oportunamente las medidas para proteger la integridad no sólo de los bienes propios, sino los que tenga el ente societario a cualquier título.

#### f. Impartir Instrucciones

El revisor podrá impartir instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales. Mecanismos a través de los cuales la revisoría señala a la administración cómo debe ser el control permanente de los bienes y valores de la sociedad, sus métodos y procedimientos.

De las instrucciones se dejará constancia escrita de su observancia por parte de los administradores.

#### g. Autorización mediante firma

El revisor fiscal autorizará con su firma cualquier Estado Financiero que se haga, con su dictamen o informe correspondiente

La Ley 222 de 1995 en el Capítulo VI se encargó de regular lo relacionado con los Estados financieros de una sociedad.

Las clases de estados financieros son:

- a. Estados financieros consolidados
- b. Estados financieros certificados: son los que suscritos por el representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se prepararon, para ser puestos en conocimiento de los asociados o terceros, contienen la “*certificación*” de ser reflejo fiel de los libros y de haber sido objeto de previa comprobación, según el reglamento.
- c. Estados financieros dictaminados: son aquellos estados financieros certificados que por haber sido objeto de la verificación del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiera confrontado, cuentan de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y las obligaciones propias del revisor fiscal, con el correspondiente concepto o dictamen.

El documento mediante el cual se dictamina o informa deberá contener los siguientes puntos de acuerdo los artículos 208 y 209 del Código de Comercio y el artículo 7 de la Ley 43 de 1990.

Los asuntos materia de dictamen son:

- a. Si la contabilidad se lleva conforme a las normas legales y a la técnica contable.
- b. Si el balance y el estado de pérdidas y ganancias han sido fielmente tomados de los libros.
- c. Si el balance presentan en forma fidedigna, de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas, la respectiva situación financiera al terminar el período revisado.

- d. Si el estado de pérdidas y ganancias refleja el resultado de las operaciones efectuadas en el período respectivo.
- e. Las reservas o salvedades a que esté sujeta su opinión sobre la fidelidad de los estados financieros, si hubiere lugar a ellas.

Los asuntos materia de informe son:

- a. Si ha obtenido las informaciones necesarias para cumplir sus funciones.
- b. Si en el curso de su revisión ha seguido los procedimientos aconsejados por la técnica de interventoría de cuentas.
- c. Si las operaciones registradas se ajustan a los estatutos y a las decisiones de la asamblea o junta de socios.
- d. Si los actos de los administradores de la sociedad se ajustan a los estatutos y a los órdenes o instrucciones de la asamblea o junta de socios.
- e. Si la correspondencia, los comprobantes de las cuentas y los libros de actas y de registros de socios, se llevan y se conservan debidamente.
- f. Si hay y son adecuadas las medidas de control interno, de conservación y custodia de los bienes de la sociedad o de terceros que estén en poder de la empresa.

Compartimos lo sostenido por la Corte Constitucional<sup>623</sup> en el sentido que si bien los revisores fiscales están sometidos a lo que los obliga el ordenamiento jurídico, tienen también el derecho de exponer libremente lo que a bien tengan sobre la razonabilidad de los instrumentos que examinan según sus apreciaciones éticas y sus propias calidades como expertos en la materia. Sin embargo en tal labor no tienen una libertad absoluta pues como se ha señalado anteriormente deben observar los preceptos contenidos en diferentes normas del Código de Comercio y la Ley 43 de 1990.

La firma del revisor fiscal en los balances hace presumir que son veraces y

---

<sup>623</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-290 del 16 de junio de 1997.

sinceros, presunción legal cuya importancia reside en la fe pública que reposa sobre el revisor fiscal, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990.

El consejo del Estado respecto a ésta función ha resaltado:

*“...las sociedades comerciales están obligadas a llevar libros de contabilidad y tener contador público o revisor fiscal, siendo su función la de preparar y presentar los Estados financieros bajo los postulados de confiabilidad y utilidad de la información, todo lo cual supone la preparación de documentos, papeles, notas, constancias y verificación de los hechos económicos registrados, por lo que resulta perfectamente válido acudir a las certificaciones y dictámenes de los profesionales de la Contaduría, como instrumento de fiscalización y control.”<sup>624</sup>*

La Corte Constitucional sobre esta función del revisor fiscal ha dicho:

*“Le corresponde igualmente dar fe pública, con lo cual se presume legalmente que los actos y balances que respalda con su firma se ajustan a las exigencias legales y estatutarias, además de constatar que las cifras en ellos registradas reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera del balance.”<sup>625</sup>*

Así mismo esta corporación<sup>626</sup> sostiene que:

- a. El revisor fiscal que detenta la calidad de contador es un profesional que goza y usa de un privilegio que muy pocos de los demás profesionales detentan, que consiste en la facultad de otorgar fe pública sobre sus actos en materia contable.
- b. Lo anterior sitúa al revisor fiscal técnica, moral y profesionalmente en un contexto personal especial que le exige una responsabilidad frente al Estado y sus correspondientes clientes. Teniendo en cuenta la magnitud de sus atribuciones, porque no todo profesional puede con su firma o atestación,

---

<sup>624</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta del 30 de marzo de 2001. Expediente 10093.

<sup>625</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 del 25 de junio de 2001.

<sup>626</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-530 de 2000.

establecer la presunción legal de que, salvo prueba en contrario, los actos que realiza se ajustan a los requisitos legales.

#### h. Facultad de convocatoria

El revisor podrá convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario. Deberá convocar de igual forma, cuando las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía lo requieran, según el artículo 422 del Código de Comercio y cuando lo solicite un número de asociados que represente la cuarta parte o más del capital social como lo establece el artículo 182 del mismo ordenamiento.

#### i. Cumplimiento de la ley y las disposiciones estatutarias

El revisor fiscal deberá cumplir las demás atribuciones que le señalen las Leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriormente explicadas le encomiende la asamblea o junta de socios.

14.11.6.1 Otras funciones. En forma dispersa el Código de Comercio dispone otras funciones en cabeza del revisor fiscal como se observa en el siguiente cuadro, además de las establecidas en el artículo 207 del mismo ordenamiento.

**Tabla 22. Funciones del revisor fiscal**

<b>Disposición normativa</b>	<b>Función</b>
Artículo 191 del Código de Comercio	Instaurar acciones de impugnación contra las decisiones de la asamblea o junta de socios cuando no se ajustan a la Ley o a los estatutos.
Artículo 193 del Código de Comercio	Ejercer la acción de indemnización por los perjuicios que cumpla la sociedad, contra los administradores que hayan ejecutado una decisión del máximo órgano ulteriormente anulada.
Artículo 222 del Código de Comercio	Oponerse a toda operación o acto que no tienda a la inmediata liquidación del patrimonio social una vez disuelta la sociedad.
Artículo 225 del Código de Comercio	Convocar a la junta de socios o asamblea de accionistas a reuniones extraordinarias

Artículo 392 del Código de Comercio	Vencido el término de la oferta para suscribir acciones el gerente y el revisor fiscal deberán informar a la Superintendencia de sociedades el número de acciones inscritas, los pagos efectuados a cuenta de las mismas, la cifra en que se eleva el capital suscrito, las cuotas pendientes y los plazos para cubrirlas.
Artículo 25 de la Ley 222 de 1995	Ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando habiendo sido adoptada tal determinación por el órgano máximo no se inicie durante los tres meses siguientes.

Además de lo establecido en el Código de Comercio como atribuciones del revisor fiscal, en el Estatuto Tributario, se establecen normas que hacen indispensable la firma del revisor fiscal, para la aceptación y validez de algunos actos contables. El incumplimiento de tal obligación lo hará acreedor de las sanciones que establecen las normas tributarias<sup>627</sup>

El Consejo de Estado sobre esto último ha dicho:

*“Los efectos de la firma de contador o revisor fiscal en las declaraciones tributarias son los establecidos en el artículo 581 del estatuto tributario, y no tiene otra finalidad distinta a la de otorgar plena credibilidad a la información registrada en la misma, en cuanto a que la contabilidad del contribuyente se ajusta a la Ley y a los principios de contabilidad generalmente aceptados; que reflejan razonablemente la situación financiera de la empresa; y que las operaciones registradas se sometieron a las retenciones que establecen las normas vigentes.”<sup>628</sup>*

**Tabla 23. Otras funciones del revisor fiscal**

Disposición Normativa	Declaración Tributaria
Artículo 599 del Estatuto Orgánico del sistema Tributario.	En las declaraciones de ingresos y patrimonio cuando se trate de entidades obligadas a llevar libros de contabilidad y que de Conformidad con el Código de Comercio y demás normas vigentes sobre la materia, estén obligadas a tener revisor fiscal.
Artículo 606 del Estatuto Orgánico del sistema Tributario.	En las declaraciones de retención en la fuente, cuando se trate de agentes retenedores obligados a llevar libros de contabilidad y que de conformidad con el Código de Comercio y demás normas

<sup>627</sup> CONSEJO DE ESTADO . Sección Cuarta 7 de septiembre de 2001.

<sup>628</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2000. Radicación 9848.

	vigentes sobre la materia, estén obligados a tener revisor fiscal.
Artículo 602 del Estatuto Orgánico del sistema Tributario.	En las declaraciones bimestrales de ventas: La firma del revisor fiscal cuando se trate de responsables obligados a llevar libros de contabilidad y que de conformidad con el Código de Comercio y demás normas vigentes sobre la materia, estén obligados a tener revisor Fiscal

#### 14.11.6.2 Particularidades en las sociedades de economía mixta

a. Consideramos que el revisor fiscal en las sociedades de economía mixta debe ejercer las funciones que en el Código de Comercio se consagran bajo el fundamento que este ordenamiento y pronunciamientos de la Corte Constitucional han dispuesto para tal cargo, analizados anteriormente. Sin embargo queremos advertir que según la finalidad perseguida con el desarrollo de las actividades comerciales e industriales en las sociedades de economía mixta, de alcanzar los fines mismos del Estado, es decir el interés público y general, la revisoría fiscal en este tipo de entidades requiere en un mayor grado el ejercicio ético, responsable, objetivo e independiente que se puede poner en peligro cuando están de por medio intereses del Estado y decisiones políticas.

b. En el caso particular de los establecimientos de crédito o sociedades que prestan servicios financieros cuya naturaleza sea sociedad de economía mixta sujetas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, donde el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público por disposición del artículo 79 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil nombran al revisor fiscal, en el caso en que las funciones de la asamblea general de accionistas las cumpla la junta o el consejo directivo. Se cuestiona la objetividad e imparcialidad en las funciones de la revisoría fiscal, cuando es el revisor quien tendrá que fiscalizar a los administradores u órganos supremos de la sociedad conformados por Ministros de Estado y agentes del Presidente de la República. La fiscalización a nuestro parecer puede desnaturalizarse puesto que el fiscalizador y

fiscalizado es el mismo Estado, es decir, uno y otro están sujetos al mismo superior que es el Presidente de la República.

c. Análisis de caso práctico

La estructura del Banco del Estado nos ilustra lo que queremos poner de presente. En los estatutos de esta corporación en el artículo 15 se dispone que la **junta directiva** estará conformada por tres miembros con sus respectivos suplentes: un representante del Presidente de la República y dos representantes del Ministerio de Hacienda y Crédito público, designados por el Ministro del Ramo.

El artículo 22 consagra la elección del **representante legal** por parte del Presidente de la República como agente del mismo de su libre nombramiento y remoción.

Finalmente el artículo 27 dispone que el Banco tendrá un **revisor fiscal** y un suplente, cuya designación corresponderá al Gobierno nacional, a través del Presidente de la República y el Ministro de Hacienda.

Esta estructura refleja el control que sobre la entidad tiene el Gobierno Nacional lo cual entra ostensiblemente a desnaturalizar en sentido práctico los fundamentos de las funciones de fiscalización del revisor fiscal sobre los órganos sociales, creándose una notoria excepción en la reglamentación que de estos existe en el ordenamiento mercantil.

c. También queremos hacer una observación particular en relación con los diferentes controles a los cuales está sometida una sociedad de economía mixta para reflexionar acerca de su viabilidad o conveniencia.

Se cuenta con la fiscalización privada ejercida por el órgano de la revisoría fiscal; el



control fiscal realizado por la Contraloría General de la Nación<sup>629</sup>; el control disciplinario en cabeza de la Procuraduría General de la Nación sobre aquellos que desempeñan un cargo en la sociedad bajo la calidad de servidor público; el control de tutela que el Ministerio ejerce sobre la sociedad que está vinculada al ramo correspondiente y por último el control social por parte de la ciudadanía en general.

#### **14.11.7. Remuneración del revisor fiscal**

- a. Sociedad de economía mixta sometida al régimen de empresa industrial y comercial del Estado.

La remuneración de los revisores fiscales de una sociedad de economía mixta sometida al régimen de empresa industrial y comercial del Estado no podrá ser superior al ochenta por ciento (80%) de la remuneración del representante legal de la sociedad según el Decreto 661 de 2002 en el artículo 2 que dice:

*“La remuneración mensual de los revisores fiscales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de economía mixta, sometidas al régimen de dichas empresas, de que trata el artículo 20 de la ley 45 de 1990, en ningún caso podrá ser superior al ochenta( 80%) de la que corresponde al representante legal de la entidad”*

La anterior disposición es contemplada por el artículo 79 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil en el numeral 6 que dice:

*“ La remuneración mensual de los revisores fiscales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, sometidas al régimen de dichas empresas, de que trata le numeral segundo del presente artículo, en ningún caso, de conformidad con lo establecido por el decreto 135 de 1991, podrá ser superior al ochenta por ciento (80%) de la que corresponda al representante legal de la entidad”.*

---

<sup>629</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.5.

A su vez el numeral 2 del artículo 76 de éste ordenamiento dispone:

*“ En todas las entidades con participación oficial la designación del revisor fiscal estará a cargo de la asamblea general de accionistas. En las entidades que sean o estén sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, en que las funciones de la asamblea general de accionistas las cumpla la junta o consejo directivo, la designación del revisor corresponderá al Gobierno Nacional, a través del Presidente de la República y el Ministro de hacienda y Crédito público.”*

Interpretando armónicamente el numeral 2 y 6 del artículo 76 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Bursátil el tope máximo del ochenta por ciento para la remuneración del revisor fiscal no es aplicable para aquellas entidades con participación oficial donde la designación del revisor fiscal esta a cargo de la asamblea de accionistas de la sociedad, órgano que a su vez deberá determinar la remuneración del cargo en mención sin ningún tipo de límite tal como lo prevé el ordenamiento mercantil.

b. Sociedades de economía mixta sometidas al Derecho Privado.

El nombramiento del revisor fiscal corresponde a la Asamblea General de accionistas de la sociedad a quien así mismo le corresponde fijar su remuneración tal como lo establece el artículo 187 del Código de Comercio cuando dice: *“...la asamblea ejercerá las siguientes funciones generales ...4. Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, **fijar las asignaciones** de las personas así elegidas y removerlas libremente”* (Negrilla fuera de texto).

Es necesario precisar que no existen criterios para fijar la remuneración del revisor fiscal dados por el Ministerio al cual está vinculada la respectiva sociedad de economía mixta, tal es el caso de Vecol S. A. vinculada al Ministerio de Agricultura y Fiducoldex S.A. vinculado al ministerio de comercio Exterior.

La Superintendencia Bancaria<sup>630</sup> sostiene para las sociedades sometidas a su control y vigilancia, que en el acta donde conste el nombramiento del revisor fiscal de la sociedad para fijar la remuneración del mismo se deberá discriminar en ella los siguientes aspectos:

- a. Valor total de la remuneración mensual del revisor fiscal.
  - b. Número de horas presupuestadas que como mínimo se estima debe aplicar el revisor fiscal al ejercicio de sus funciones, discriminando además las de su asistencia a las reuniones de la junta directiva.
  - c. Número de auxiliares u otros colaboradores autorizados por la asamblea general, indicando las características profesionales o técnicas de los mismos y el valor total de su remuneración.
  - d. Valor mensual estimado para viáticos y gastos de transporte del personal adscrito a la revisoría fiscal, el valor estimado para papelería y útiles de trabajo, correo, fax, teléfono, télex, etc, a no ser que vayan a ser asumidos directamente por la institución financiera.
  - e. Descripción de los lugares de trabajo y de los activos fijos y demás elementos que serán puestos a disposición de la revisoría fiscal y de sus colaboradores, indicando si los mismos van permanecer en la oficina principal o en las sucursales regionales.
- c. Remuneración de los revisores fiscales en los últimos cinco años

**Tabla 24. Remuneración de los revisores fiscales**

<b>Remuneración de los Revisores Fiscales</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>
<b>BANCAFE</b>	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado
<b>BANESTADO</b> <sup>631</sup>	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado
<b>BANCO CENTRAL</b>	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado

<sup>630</sup> SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Circular Externa 7/96.

<sup>631</sup> Anualmente la Junta Directiva señalará la apropiación presupuestal, para el desempeño de las funciones propias del revisor fiscal según el artículo 28 de los estatutos del Banco del Estado.

<b>HIPOTECARIO</b>					
<b>CENTRAL DE INVERSIONES. CISA</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>COFINPRO S.A</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>LA PREVISORA S.A.</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>FIDUESTADO</b>	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado
<b>FINANCIERA FES</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>GRANAHORRAR</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>ARTESANÍAS DE COLOMBIA S.A.</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI)</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde

<b>Remuneración de los Revisores Fiscales</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>
<b>FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>VECOL S.A.</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>BANAGRARIO S.A.</b>	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado
<b>FINAGRO S.A.</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>FIDUCOLDEX</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>BANCOLDEX</b>	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado	Reservado
<b>CORPORACIÓN DE INDUSTRIA AERONÁUTICA S.A.</b>	5.843.400	8.574.333	7.835.267	10.276.500	12.145.200
<b>SOCIEDAD HOTEL SAN DIEGO S.A. HOTEL TEQUENDAMA</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>SOCIEDAD FERROVIARIA S.A.</b>	No responde	No responde	No responde	No responde	No responde
<b>FINANCIERA ENERGÉTICA NACIONAL S.A. FEN</b>	5.791.667	6.750.000	7.270.115	4.687.500	4.687.500

Fuente: Derecho de petición No 2473 del 19-07-2002 del Banco Agrario de Colombia; derecho de petición No 9391 del 04-07-2002 de BANCOLDEX; derecho de petición del 12 -07-2002 del Hotel Tequendama; derecho de petición No 4505 del 11-07-2002 de FIDUCOLDEX; derecho de petición

No 6240 del 11-07-2002 del Fondo Nacional de Garantías. Estatutos Sociales de Central de inversiones S.A., Artesanías de Colombia S.A., Instituto Colombiano de Fomento Industrial, Finagro S.A., Banco del Estado; derecho de petición No 6219 del 30-07-2002 Vecol , derecho de petición No 2463 del 08-07-2002 Corporación Aeronáutica.

**14.11.8 Suplentes.** En el régimen de las sociedades comerciales no se consagra como obligatorio la suplencia del revisor fiscal sin embargo por la función de fiscalización permanente que éste debe prestar en la sociedad, la presencia de un suplente se considera conveniente.

Para las sociedades de economía mixta no se ha dispuesto nada distinto a lo contemplado por el ordenamiento mercantil.

El profesor Hernando Bermúdez, opinión que compartimos, sostiene que:

*“sea quien fuere el revisor fiscal (persona natural o jurídica) [...] Siempre será conveniente la presencia del suplente. El deber legal, construido racionalmente, supone la conveniencia. Ahora bien : no todo lo conveniente es siempre obligatorio.*

*La obligatoriedad lleva consigo una apreciación de la conveniencia y una reflexión de un contexto social. [...] Personalmente me adhiero a la obligatoriedad de la suplencia del revisor porque pienso que hoy la institución entraña interés público, que la institución sea de interés público no significa que todas las relaciones jurídicas que de ella emanan también lo sean.”<sup>632</sup>*

En el evento que en los estatutos de la sociedad de economía mixta se prevea un suplente para el revisor fiscal, las mismas calidades de éste se deben exigir a aquél; de igual manera queda sometido al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para el revisor fiscal principal.

Así como se debe inscribir el nombramiento del revisor fiscal principal, lo propio debe hacerse cuando se designa un revisor fiscal suplente. Es preciso recordar

---

<sup>632</sup> BERMÚDEZ GÓMEZ, Hernando Apuntes sobre la Revisoría Fiscal, el Revisor Fiscal y sus Suplentes. Bogotá: Editorial Javegraf, 1999.

que la inscripción en el registro mercantil supone la aceptación expresa de la persona nombrada.

Sin embargo las relaciones jurídicas entabladas con el revisor fiscal principal son distintas de las que nacen con el suplente, en forma tal que el consentimiento de uno de ellos de continuar en el cargo no supone que el otro quede igualmente obligado a proseguir.

La función del suplente, como su nombre lo indica es la de suplir y no suplantar al principal. Sólo debe ejercer las funciones del titular del cargo única y exclusivamente ante la falta definitiva o temporal del titular del cargo. Lo que significa que el suplente del revisor fiscal no podrá desempeñar simultáneamente tales funciones por lo que se encuentra imposibilitado para expedir dictámenes, certificaciones y demás documentos relacionados con el ejercicio de la revisoría si no es consecuencia de la ausencia definitiva o temporal del revisor fiscal titular o principal.<sup>633</sup>

**14.11.9. Auxiliares de la revisoría fiscal.** En el artículo 210 del Código Comercio se establece la posibilidad que el revisor fiscal tenga auxiliares y otros colaboradores nombrados y removidos libremente por él, los cuales deberán obrar bajo su responsabilidad y dirección. Ello es confirmado por los artículos 7, 36, 37, 7, 39, 65 de la Ley 43 de 1990. Esto tiene como finalidad, dar al órgano de revisoría fiscal los recursos necesarios para que cumpla adecuadamente sus funciones. De esta manera, así como las personas naturales necesitan auxiliares, las sociedades de contadores públicos también.

**14.11.10. Secreto profesional.** El secreto profesional es uno de los deberes que debe observar el revisor fiscal de una sociedad, igualmente predicable para aquellos en las sociedades de economía mixta, sin embargo tal deber no es de

---

<sup>633</sup> Sobre el tema véase Circular externa de la Superintendencia Bancaria 7/96.

carácter absoluto.

La Corte Constitucional<sup>634</sup>, opinión que compartimos en relación con el secreto profesional ha expresado lo siguiente:

- a. El secreto profesional es el deber de conservar con sigilo o reserva la información conocida en ejercicio y con ocasión al cargo. Se liga al ejercicio de ciertas actividades donde se resalta la relación de confianza que surge entre aquellos que son expertos en determinadas materias.
- b. El prestigio, credibilidad y eficacia de la labor desarrollada por ciertos grupos profesionales depende de la manera como cumplan sus deberes y se preserve la confidencialidad de los datos obtenidos. Serán sancionados aquellos que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confiado dentro del espacio de lo absolutamente reservado.
- c. En el ámbito de las relaciones industriales y comerciales tratándose de las personas jurídicas la Ley establece garantías que protegen su integridad pero que no conforman una esfera impenetrable de intimidad en el mismo sentido que se predica de las personas naturales.
- d. Una cosa es el contador que ejerce su profesión como tal, amparado por el secreto profesional y otra, muy diferente el revisor fiscal que ejerce funciones de control que implican el deber de denunciar conductas ilícitas o irregulares. La suerte de la empresa trasciende el estrecho círculo de sus dueños. Los trabajadores, acreedores, consumidores, proveedores y el fisco, entre otros, tienen interés directo o mediato en la actividad empresarial.
- e. El ente corporativo no puede aspirar a tener el derecho de estar solo. En su caso, la Ley establece otro tipo de garantías como las relativas a la reserva documentaria y al secreto industrial. En todo caso, la libertad de empresa como derecho constitucional impide que la Ley imponga restricciones que sean

---

<sup>634</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 4 de marzo de 1998. Sentencia C- 538 del 23 de Octubre de 1997.

- irrazonables o desproporcionadas y que, por ende, afecten su núcleo esencial.
- f. El revisor fiscal deberá informar a los terceros - Estado, acreedores, proveedores hechos objetivos relacionados con el riesgo y las finanzas de la empresa, a los cuales legítimamente deben tener acceso con miras a perfeccionar negocios y tratos sobre una base de diligencia y confianza recíproca. Sin perjuicio de lo anterior, sobre los libros y papeles del comerciante, pesa una reserva que se levanta en los términos de la Constitución y de la Ley.
  - g. Tratándose de las personas jurídicas bien puede la Ley regular de manera extensa los temas atinentes a su contabilidad y, además, por razones de interés general, demandar que ciertas informaciones se revelen al público mal puede el contador de una empresa pretender sustraerse de la obligación de revelación en los eventos en que la misma Ley y la Constitución la imponen.
  - h. Los datos que deben suministrarse, lo mismo que los papeles que pueden examinarse por las autoridades, son aquellos que tienen una relación muy estrecha con las funciones constitucionales confiadas al Estado en materia judicial, fiscal y de inspección y vigilancia.

En este mismo sentido el artículo 63 de la ley 43 de 1990, establece que el contador público está obligado guardar la reserva profesional en todo aquello que conozca en razón del ejercicio de su profesión, salvo en los casos en que dicha reserva sea levantada por disposiciones legales.



## **CAPITULO XV**

### **15. LA RESPONSABILIDAD**

#### **15.1 GENERALIDADES**

Las sociedades de economía mixta entendidas como modelo de gestión para la realización de fines estatales comportan las características de una organización pública a pesar que en ellas participe el sector privado, postulado que se sostiene en las razones que justifican la creación de una sociedad de esta clase.

La determinación de la existencia de una sociedad de economía mixta, así como la participación del Estado en un sector de la economía del país obedece siempre, de acuerdo a los postulados constitucionales ya descritos<sup>635</sup>, a la realización de las finalidades estatales que se han trazado para la administración pública. De hecho, la participación de los particulares en una sociedad de esta clase está entendida desde la perspectiva de colaboración para la realización de los fines de Estado, ya sea en términos de aportación de recursos económicos para la iniciación de una actividad, la distribución de riesgos que comporta una empresa social o lo relacionado con la determinación de los parámetros que han de guiar la compañía para alcanzar una administración eficiente, dando aplicación a ciertas ventajas que tiene el sector privado frente a las organizaciones públicas.

La sociedad de economía mixta como empresa pública no está planeada para la consecución exclusiva de objetivos de mercado, la participación estatal y su vinculación a la administración pública hacen que la evaluación de este tipo de sociedades no se plantee en términos de ganancias, sino de realización de fines estatales.

---

<sup>635</sup> En esta misma obra véase Capítulo XIII

Desde esta perspectiva, éstas sociedades mantienen en su manejo las características que la doctrina económica ha destacado respecto de las organizaciones públicas. Al particular le interesa la viabilidad económica de la empresa para la obtención de utilidades, sin embargo dentro de este tipo de entidades puede llegar a comportarse como lo hacen los agentes estatales, en la medida que la sociedad está planteada para la realización de fines estatales y no de mercado exclusivamente, por lo que se le puede quitar al sector privado la posibilidad de actuar como la haría dentro de una organización privada.

Tales características son descritas por el economista Stiglitz en los siguientes términos: “Las empresas públicas difieren de las privadas en dos importantes aspectos: no tienen que preocuparse por la posible quiebra (...) la posibilidad de quebrar es importante, limita la magnitud de las pérdidas sociales que pueden generar una gestión eficiente en una empresa privada y es un mecanismo natural para sustituir los equipos directivos ineficientes. Impone la restricción presupuestaria a las empresas. Ni siquiera un directivo generoso puede arriesgarse a pagar un salario superior al vigente sin arriesgarse a quebrar. En cambio las empresas públicas incurren en grandes déficit por largos periodos. En condiciones normales tampoco tiene que preocuparse por la competencia (...) las empresas competitivas en su intento por incrementar sus ventas, tratan de encontrar la combinación de servicios que mejor satisfaga a sus clientes. En términos generales la competencia permite establecer comparaciones”<sup>636</sup>.

Los fines que involucran las empresas estatales, hacen que el Estado esté generalmente a su cuidado, por lo que aspectos como la posibilidad de quiebra y competencia, establecidos por el sistema de mercado para el control del aumento de eficiencia de las empresas privadas, no son aplicables a las organizaciones que se dedican a la consecución de fines estatales; en ellas, se desarrollan mecanismos alternativos que permiten controlar el desarrollo de la empresa así

---

<sup>636</sup> STIGLITZ, Op.Cit., p. 227

como la gestión de aquellos que se encargan de su dirección.

En tal sentido se expresa Donalhue: “Una organización estrechamente vinculada al mercado puede estructurar los mandatos para sus empleados alrededor de una meta básica: incrementar los ingresos netos. Aún cuando pocas firmas se preocupan sólo por la rentabilidad, y teniendo en cuenta que la gestión privada no es de ninguna manera una gestión tan simple, el barómetro de las ganancias facilita de hecho en gran medida la evaluación y control de los gerenciales. En las organizaciones gubernamentales, el comunicar metas precisas de la organización y asegurar su acatamiento tiende ser a la vez más importante y más difícil. Para una organización consagrada a fines que no son de mercado, los mandatos pueden llegar a ser más complicados, el éxito o fracaso menos evidente y la evaluación y directivas mas detalladas y explícitas”<sup>637</sup>.

Estas características traen consigo que para las entidades estatales deban desarrollarse factores distintos de los de mercado para el control de la empresa pública, así como para que todas las personas que intervienen en su realización desde distintos ámbitos cumplan con las obligaciones que les corresponden de la forma más eficiente, poniendo límite a las actuaciones desordenadas de los funcionarios que hacen parte estas organizaciones.

Todo lo expuesto nos permite traer a colación los hechos que llevaron al fracaso del Banco Central Hipotecario (BCH), los cuales permiten poner en el plano de la realidad la relación que existe entre las empresas dedicadas a los fines de Estado y el desarrollo de los mecanismos adecuados de responsabilidad como herramienta de control para el logro del buen desarrollo de la actividad social y el comportamiento diligente de sus funcionarios.

Los acontecimientos que se exponen tiene su fuente en el documento “La ruina de

---

<sup>637</sup> DONAHUE, Op. Cit., p. 51

la banca estatal“, realizado por la Contraloría General de la República<sup>638</sup>:

“El BCH fue una sociedad de economía mixta creada hace más de 80 años, aproximadamente a finales de los años 20. Representó para todos los colombianos la posibilidad de obtener recursos para financiar vivienda propia. Los manejos fraudulentos de los que fue víctima la entidad en los últimos cinco años, motivaron un desangre sin precedente en la historia nacional”.

Son muchos los hechos que se exponen como razones para el fracaso del BCH, en especial se destacan por parte de la Contraloría los créditos de gran valor otorgados a Interplán S.A., Holguines S.A., Fideicomiso Lagomar marina club, inversiones terralunga, constructora Camavsa, sin consideración al riesgo que representaba para el banco la realización de tales operaciones, dadas las condiciones económicas y financieras en que se encontraban las compañías mencionadas, así como la conducta de los representantes de los principales accionistas de la entidad y directivos.

Merecen destacarse la actuación de varias personas. Octavio Jaramillo Tovar, abogado de la universidad del Cauca, especialista en derecho comercial, económico y civil, asesor de la compra del Banco de Colombia por parte de la familia Gillinski en 1991, miembro de la junta directiva del banco popular, asesor de la junta directiva de Colgate y de la de Propal. Su extensa hoja de vida no da razones para dudar de sus capacidades para ejercer el cargo en el que se le designó en 1996: representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (entidad que ejercía el control de tutela sobre el BCH) en la junta directiva del BCH.

---

<sup>638</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. La ruina de la Banca Estatal. Bogotá, 2001

Sin embargo, Octavio Jaramillo protagonizó un récord nacional “nunca antes en la historia del país se había concentrado en una sola persona autopréstamos por las cantidades que acumuló Octavio Jaramillo”, quien obtuvo créditos por más de 27.000 millones de pesos, suma de la que quedan por recuperar más de 22.000 millones de pesos.

Juan José Uribe de Francisco, gerente de la regional suroccidente del BCH autorizó los préstamos realizados a Octavio Jaramillo y a las compañías por él constituidas.

La estrategia del mencionado miembro de junta directiva fue la siguiente: pedía prestado dinero al Banco y procedía a depositarlos en certificados de depósito a término y mediante aceptaciones bancarias hacía efectivo el dinero para la construcción de clínicas que eran vendidas al Instituto de los Seguros Sociales, principal accionista del Banco. Las aceptaciones se pagaban con los rendimientos de los CDT.

En julio de 1997, Juan José Uribe aprobó 363 aceptaciones bancarias por 10.500 millones de pesos y desembolsó créditos por 17.138 millones de créditos a Octavio Jaramillo. Cuando el banco requería del pago de alguna aceptación bancaria se constituían otras que se giraban a nombre de terceras personas y estas a su vez las endosaban a Jaramillo.

Las anteriores operaciones violan flagrantemente el artículo 122 del Decreto 663 de 1993, en el que se dispone que las operaciones activas de crédito que celebren las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria con (...) administradores requerían el voto unánime de la junta directiva, la cual no fue consultada por Juan José Uribe; las operaciones mencionadas fueron autorizadas por él fraccionándose las sumas de los créditos otorgados de tal manera que no se excediera de los límites de la competencia otorgada para su realización.

Igualmente se estaban infringiendo los montos establecidos por la Superintendencia Bancaria en relación con el límite para efectuar operaciones activas de créditos con un grupo de vinculados económicamente, esto es el 10% del patrimonio técnico de la entidad financiera.

En febrero de 1999 la Fiscalía detuvo a Juan José Uribe y a Octavio Jaramillo, el caso fue puesto en conocimiento de la entidad por la entonces Presidenta del BCH, María José García.

Todas las circunstancias expuestas generaron cuestionamiento respecto de la gestión del expresidente del Instituto de los Seguros Sociales, Carlos Wolff y de la mencionada presidenta de la época, María José García, en la medida en que vislumbraron posibles conexiones entre ellos y las operaciones realizadas por Octavio Jaramillo. Se presume que el negocio pudo ser de la siguiente manera: "el BCH prestaba la plata (el ISS era en ese momento el accionista mayoritario y Carlos Wolff era presidente de la junta directiva del banco), María José García hacía los trámites a través de la oficina suroccidental del banco y Octavio Jaramillo recibía los préstamos que eran colocados en CDT que rendían y pagaban deudas.

Los hechos ocurridos y que se cuestionan durante la dirección del BCH por María José García, no se limitan a la conexión que pudo existir con Octavio Jaramillo sino que abarcan las políticas que fueron adoptadas con el fin de convertir el banco en una sólida entidad financiera.

La ex presidenta del BCH es abogada del Colegio Mayor el Rosario, especialista en derecho financiero, elaboró el proyecto para la creación de la Fiduciaria la Previsora, presidenta de Corpavi y ganadora del premio a la excelencia del periódico portafolio al mejor directivo empresarial de Colombia.

Para convertir al BCH en la entidad más grande del sistema hipotecario y estimular

la banca comercial buscando dependiera menos de la construcción, la administración del banco en cabeza de María Jose García emprendió una arriesgada estrategia: la compra de cartera, la cual consistió en ofrecer a los deudores hipotecarios de otras entidades bancarias la posibilidad de pagar cuotas mínimas y con plazos hasta de 20 años. El BCH daba la posibilidad de trasladar la obligación hipotecaria que se tenía con otra entidad, permitiendo pagar a sus nuevos clientes en moneda corriente y no en UPAC. En todo el proceso el banco asumía todos los gastos de los trámites de notaría y registro.

Afirmó María José García que el banco se estaba llenando de bienes en dación de pago, con la estrategia se buscaba aliviar la situación de los deudores hipotecarios.

Sin embargo la estrategia fracasó, los deudores que empezaron pagando de 11 mil pesos por cada millón de pesos, al año siguiente ya estaban pagando tres veces ese valor por culpa del aumento desbordado de las tasas de interés, por lo que se aumentaron los bienes entregados en dación en pago, cuyo costo asciende hoy a 150 mil millones de pesos, además de una cartera vencida de 680 mil millones.

En la administración de María José García el BCH también financió mega proyectos, desviándose de su objetivo de financiar vivienda a estratos bajos. Se construyó un campo de golf en Bogotá, dos inmuebles en el Peñón, cuatro edificios lujosos en Santa Marta, entre otros. Lo más grave de todo es que los beneficiarios de los créditos no pudieron cumplir en ese periodo con sus obligaciones para con el banco.

A finales de 1998 y luego de las vistas de inspección de la Superintendencia Bancaria, se determinó que un gran volumen de créditos otorgados en 1996 y 1997 eran impagables y el desajuste de la entidad en 1998, era de 350 mil millones de pesos.

La Superintendencia concluyó que la pérdida real sería de 500 mil millones de pesos. En 1999 FOGAFIN decide capitalizar el banco y como resultado de ello el Instituto de los Seguros Sociales, que era accionista mayoritario, pasa tener tan sólo el 7% de la participación en el capital.

La contraloría decidió iniciar un juicio fiscal contra Octavio Jaramillo, Juan Manuel Uribe, y Ana Cristina de la Rosa y se abstuvo de iniciarlo por falta de méritos contra María José García.

El BCH, afirma el documento elaborado por la Contraloría, siempre estuvo en el “filo de la navaja porque los gobiernos tradicionalmente lo utilizaron para impulsar planes sociales y no para producir utilidades. En 1989, el gobierno de Virgilio Barco arrancó un proceso de saneamiento que fue continuado por el Presidente César Gaviria; en ese período se mejoró el sistema de asignación de créditos, se le inyectaron recursos por 10 mil millones de pesos y se volvió multibanco; al cierre de 1993 reportaba utilidades por 6.500 millones de pesos y en 1994 el gobierno le pago al Instituto de Seguros Sociales parte la deuda que tenía la nación por reservas pensionales, entregándole el 83 % de las acciones valuadas en 129 mil millones de pesos, lo que sucedió después ya ha sido relatado.

Las organizaciones que están pensadas para la realización de fines estatales y cuya eficiencia no está planteada en la obtención de utilidades corren el riesgo de llegar a adoptar medidas que comprometan la viabilidad de la organización, o lo que es peor, que se tomen decisiones en beneficio personal disfrazadas en un supuesto logro de fines de Estado.

Dadas estas circunstancias la responsabilidad es un criterio que busca que las personas asuman las consecuencias de sus actos y en ese orden, lograr que su conducta sea lo más diligente posible.



La responsabilidad desde sus distintas modalidades: patrimonial, disciplinaria, fiscal y penal, es uno de los medios que se ha desarrollado para el cumplimiento eficiente de las obligaciones que les corresponde realizar a las entidades que integran la administración pública, así como a las personas que hacen parte de ésta. Igualmente, representa una forma para que aquellos que resultaron dañados con la actuación de la Administración Pública o de sus funcionarios, puedan resarcir los perjuicios causados bajo el esquema de la responsabilidad patrimonial.

Respecto a la responsabilidad como medio para el logro de los objetivos planteados en una organización pública y control de las personas que la conforman y dirigen, se ha pronunciado el Doctor Agustín Gordillo: “la importancia que un funcionario público o privado que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores y genere una responsabilidad social, sufra también el hecho dañoso es decisiva, puesto que constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a las negligencias y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas o que ejercen funciones administrativas públicas”<sup>639</sup>.

Dada la relevancia que tiene para la empresa pública y por lo tanto para las sociedades economía mixta, así como para todos los ciudadanos que de ella nos servimos el aspecto de la responsabilidad, se ha decidido tratar el tema de tal forma que se involucre claramente a todos los que intervienen en su funcionamiento y manejo, empezando por los organismos de control, pasando por la responsabilidad de la sociedad en sí y de sus funcionarios, hasta llegar a tratar lo relacionado con el régimen de responsabilidad que impone la ley 222 de 1995 para los administradores sociales, en la medida que las sociedades de economía mixta se rigen en principio por las normas de derecho mercantil.

---

<sup>639</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Defensa del usuario y del administrado. Primera edición colombiana. Medellín: Editorial Dike, 1998. p. XV-1

## **15.2 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.**

**15.2.1 Características de la responsabilidad patrimonial del Estado.** Antes de realizar el análisis de cada tipo de responsabilidad en relación con cada uno de los sujetos que interviene en el funcionamiento y manejo de las sociedades de economía mixta, consideramos pertinente desarrollar un bosquejo general de los parámetros que guían la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que será el primero de los temas a tratar en relación con los organismos de control de las sociedades de economía mixta, junto con la responsabilidad que la involucra como entidad con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera.

Es pertinente aclarar que en la medida que las sociedades de economía mixta pertenecen a la administración pública, se restringe el análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado que se genera por la actuación de la administración, sin involucrar lo relacionado con la responsabilidad judicial y la que se produce por el hecho del legislador.

**15.2.2 Bosquejo Histórico y Determinación de los Regímenes Jurídicos Aplicables.** La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en Colombia históricamente, ha sido justificada desde ordenamientos jurídicos de distinta naturaleza, esto es, el público y el privado.

En una primera etapa, la responsabilidad de la Administración Pública estuvo determinada por la aplicación de las normas de carácter civil, las cuales fueron implementadas y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien en un primer momento consideró que la responsabilidad de la administración estaba regida por los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, cuyos textos establecen: *“toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado (...) Los amos responderán por los daños causados por sus criados o*

*servientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos”.*

Estos artículos consagraban la responsabilidad indirecta de la Administración, la cual tiene como base los conceptos de culpa in eligendo y culpa in vigilando. En este orden el Estado resultaba responsable por los daños causados como consecuencia de una errada elección o por el no empleo de la vigilancia debida a sus funcionarios.

“La responsabilidad indirecta fue la que inicialmente se reconoció respecto de las personas jurídicas, tanto de personas privadas como públicas. Esta responsabilidad se fundamentó en la culpa cometida por los funcionarios públicos dependientes de la persona jurídica cuando causaban daños a terceros en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas”<sup>640</sup>.

Frente a la tesis expuesta, se presentaron cuestionamientos que le restaban aceptación, en este orden, se alegó que en muchas ocasiones la persona jurídica no tenía la posibilidad de nombramiento de sus agentes, como por ejemplo en los casos de elección popular. Así mismo, se expuso el hecho de que éstas expresan su voluntad a través de sus funcionarios, por lo que las actuaciones de éstos deben representar para las personas jurídicas su responsabilidad directa.

La Corte Suprema de Justicia acoge estos argumentos y establece la responsabilidad directa de las personas de derecho público bajo dos parámetros: los de la tesis organicista y los de la teoría de la falla del servicio. De acuerdo con la primera, para efecto de la determinación de la responsabilidad directa o indirecta de la entidad estatal había que distinguir entre los gerentes, gestores y directores de la persona jurídica, quienes la comprometen directamente por los daños causados, ya que sólo mediante ellos se expresa su voluntad, y los agentes de la entidad, los cuales sólo generan responsabilidad indirecta de la entidad pública.

---

<sup>640</sup> RODRÍGUEZ, Op.Cit., p. 377.

Por su parte, la teoría de la falla del servicio fue planteada por la Corte Suprema de Justicia bajo los lineamientos de las normas civiles. Respecto de ella expresa lo siguiente: "es deber del Estado reparar los daños causados a los ciudadanos por el inadecuado funcionamiento de los servicios públicos"<sup>641</sup> .

Desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública era directa, descartándose la responsabilidad basada en la culpa por elegir o vigilar negligentemente a sus funcionarios, pero continuaba siendo fundamentada en normas de derecho privado. Sin embargo, se comenzó a proponer la existencia de la responsabilidad del Estado bajo un marco normativo distinto del privado.

El Consejo de Estado adoptó y desarrolló la tesis de la falla del servicio propuesta por la Corte Suprema de Justicia. Mediante su jurisprudencia propuso la aplicación de un régimen de responsabilidad estatal basado en normas de derecho público, específicamente en los artículos 16 y 20 de la Constitución política de Colombia. En ese sentido se expresó la sentencia del Consejo de Estado del 2 de noviembre de 1960, refiriéndose a los artículos mencionados: "El contenido de los ordenamientos constitucionales analizados se desarrolla en todo el título tercero de la carta, siguiendo las mismas orientaciones y contemplando las diversas hipótesis en las que la responsabilidad estatal, la responsabilidad del agente o la concurrencia de ellas opera.

(...) Cuando la administración traspasa los linderos de la legalidad con lesión de derechos particulares o cuando por faltas del servicio se acarree daños a las personas, se establece entre el Estado y los perjudicados una típica relación de

---

<sup>641</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Agosto 21 de 1939, gaceta judicial XLVIII.

derecho público, porque el agente productor del perjuicio es un agente del derecho público y actúa en función pública”.

En el mismo sentido ésta Corporación se pronunció en la sentencia del 28 de Octubre de 1976: “ Dicha responsabilidad (del Estado) encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente en las que conforman el título tercero de dicho estatuto, que trata de los derechos civiles y garantías sociales constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la nación como Estado de derecho y de sus autoridades como personas del mismo, guardianes de su integridad y ejecutores de aquellos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento del Estado y del sometimiento del conglomerado a sus poderes”.

Por su parte, el Decreto 528 de 1964 atribuyó competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa para el conocimiento de las controversias que surjan en relación con la responsabilidad de la administración.

La existencia de un orden jurídico diferente al civil ha sido aceptado por países como Francia, el cual se comenzó a perfilar a partir del fallo blanco, y España, país en el que se dispuso la responsabilidad estatal en el artículo 121 de la LEF y el artículo 40 de la LRJAE, donde se dijo que: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”<sup>642</sup>.

Esta posición en Colombia fue defendida por la jurisprudencia del Consejo de

---

<sup>642</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo II. España: Editorial Civitas, 1998. p. 365.

Estado y recogida en el inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en el que se dispone que: "*el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas*". Con lo cual queda claro que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene un régimen jurídico propio, de carácter público y diferente al civil.

### **15.2.3 Regímenes de Responsabilidad del Estado**

15.2.3.1 Marco General. Al partir del principio general de derecho que establece, que "todo aquel que cause un daño está obligado a repararlo"<sup>643</sup>, nos encontramos frente a la responsabilidad y obligación de reparar que se le genera a aquel que ocasionó un perjuicio.

De este postulado no se encuentra exento el Estado. La Constitución en su artículo 90, así como la Ley 446 de 1998 (artículo 16), establecen la responsabilidad contractual y extracontractual de éste como personificación jurídica de la Nación, y disponen que el perjuicio debe ser reparado de manera integral cuando es responsabilidad del Estado.

Esta responsabilidad de la Administración, ha sido definida por diferentes autores<sup>644</sup>:

**Vedel:** "La responsabilidad de la Administración, que algunas veces se llama también responsabilidad de la potestad pública, es un elemento esencial del régimen administrativo en cuanto sujeción que se impone a la potestad pública".

---

<sup>643</sup> Artículo 2341 del Código Civil: " El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido"

<sup>644</sup> Citados por AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de Derecho administrativo General. 1º Edición Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999. p. 665 y 666.

**García de Enterría:** “Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración – decía Hauriou- que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”.

**Younes Moreno:** “La responsabilidad no es sólo una concepción política con regulación jurídica. Es una necesidad imperiosa para la existencia misma de la sociedad que se destruiría, si quien ocasionara los daños no fuera obligado a resarcirlos. Sería este el estímulo a las conductas nocivas, negligentes o riesgosas”.

De lo anterior, se deduce que el Estado está efectivamente sometido al derecho, es decir, que se le genera tanto una responsabilidad patrimonial como no patrimonial. Respecto de la primera, debe reparar los daños o perjuicios ocasionados y en cuanto a la segunda, debe restablecer la legalidad en todos los casos en que sea posible.

Las personas jurídicas de derecho público actúan por medio de sus funcionarios, que son personas naturales que pueden llegar a causar daños o perjuicios con sus actuaciones, generando así una responsabilidad para la Administración.

Jorge Enrique Ayala Caldas en su libro “Elementos de Derecho Administrativo General”, cita diversos autores que muestran como la doctrina ha venido estableciendo el fundamento jurídico de la responsabilidad de la Administración<sup>645</sup>:

**Eduardo Soto Kloss** plantea que la responsabilidad se debe entender pero en una perspectiva propiamente jurídica y no con una visión moral, y que por tanto producido un daño por un sujeto público o probado, independientemente de

---

<sup>645</sup> AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de Derecho administrativo General. 1º Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999. p. 665 y 666.

cualquier consideración subjetiva debe ser reparado, porque ha ocurrido un desequilibrio antijurídico, injusto en las relaciones jurídicas de igualdad de los sujetos, y ha de ser restituida la igualdad, ese desequilibrio, ese cierto orden de justicia que implica el derecho, porque todo daño, cualquiera que sea su naturaleza significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto, sea este natural o jurídico, es decir, un menoscabo, una lesión de lo suyo.

**Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández:** “al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de ese modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico.

**Vedel:** “La responsabilidad de la Administración puede fundarse en primer lugar sobre la falta. La jurisprudencia administrativa no ha admitido nunca que, según ocurre en derecho civil, toda falta, incluso la más leve, entraña la obligación de reparar. Sin embargo, de hecho ha procedido en este aspecto a una triple suavización: ha admitido ampliamente la existencia de faltas imputables a la administración; ha reducido el número de supuestos en los que la existencia de una falta grave es necesaria para comprometer la responsabilidad de la Administración; ha facilitado la prueba de la falta a la víctima, especialmente al admitir, en materia de accidentes de circulación, una presunción de



responsabilidad a cargo del usuario del vehículo”.

#### 15.2.3.2 Elementos de la responsabilidad

**a) Actuación de la administración.** La Administración puede actuar manifestándose a través de actos, hechos, operaciones u omisiones administrativas. La actuación debe ser antijurídica, anormal, es decir, de alguna forma irregular para que surja la obligación de reparar el daño ya que no todos los daños producidos por esos mecanismos dan lugar a indemnización.

“La irregularidad de la actuación de la administración se traduce en lo que se ha denominado una culpa, falta o falla del servicio, figura de origen jurisprudencial francés que durante un buen tiempo se ha venido considerando en Colombia como el fundamento principal de la responsabilidad administrativa y que se presenta cuando el servicio público no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente.

Lo anterior quiere decir que la responsabilidad de la Administración es, por regla general, responsabilidad por culpa y sólo excepcionalmente lo ha sido sin culpa, es decir, objetiva o por riesgo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, la culpa exigida se diferencia sustancialmente de la culpa del derecho común. En efecto, mientras esta es eminentemente subjetiva, es decir, imputable a un individuo, aquella puede ser una culpa o falla funcional, orgánica o anónima, es decir, atribuible a la Administración y no necesariamente a un funcionario en particular”<sup>646</sup>.

**b) Daño o perjuicio.** Según Libardo Rodríguez, en su obra anteriormente citada, para que una persona pública sea responsable se requiere que su actuación haya

---

<sup>646</sup> RODRIGUEZ, Op.Cit., p. 371 y 372.

producido un daño que reúna ciertas características:

- a. Que sea cierto o real, ya sea presente o futuro
- b. Que sea especial, es decir, que sea particular a la persona o personas que solicitan la reparación y no a la generalidad de los miembros de una colectividad.
- c. Que sea anormal, es decir, que exceda los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio.
- d. Que se refiera a una situación jurídicamente protegida.

En síntesis, se entiende el daño como una lesión a un interés jurídico patrimonial que la víctima no tiene la obligación jurídica de soportar.

**c) Nexo causal.** La actuación de la Administración debe ser causa del daño, es decir, debe ser su efecto o resultado. Es necesaria esta relación de causalidad ya que si el daño no puede imputarse a la actuación de la Administración, no habrá responsabilidad.

García de Enterría dice que la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se le imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el deber de resarcir dicho daño.

15.2.3.3 Modelos de Imputación de Responsabilidad del Estado. De acuerdo a los elementos vistos anteriormente, se entiende que para que haya imputación, es decir, para atribuirle al Estado la obligación de responder por causa del daño que ocasionó, no sólo deben darse los elementos de la responsabilidad que constituyen la imputación fáctica, sino que es necesario probar junto con esto un título jurídico de imputación que se refiere a los regímenes de responsabilidad que se estudiarán a continuación.

Los regímenes de responsabilidad del Estado se pueden clasificar en tres grandes grupos: la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad objetiva y los regímenes especiales.

**a) Responsabilidad subjetiva.** Se habla de ella a partir de la teoría de “*la falla del servicio*”: incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado establecidas en la normatividad. “Esta falla del servicio se puede presentar de diferentes maneras: cuando el servicio no se presta, cuando se presta de manera deficiente, es decir, no se realiza en la forma que debía haberse prestado y, cuando se presta tardíamente, o sea que aunque se preste el servicio se hace en un ámbito temporal diferente al que debía haberse hecho”<sup>647</sup>.

La falla del servicio tiene un carácter objetivo en el sentido de que está desligada de toda consideración subjetiva sobre la conducta del agente del daño (dolo o culpa), simplemente se fundamenta en una noción de falta anónima que compromete a la Administración.

“El hecho de que se diga que la falla en casos de responsabilidad estatal es objetiva o anónima debe entenderse únicamente en el sentido de que no se requiere identificar al agente o funcionario que cometió la infracción, no que se prescinde de esa falla y que el demandante, entonces, no tendrá que probar sino el daño y la relación causal, como sucede en los eventos de responsabilidad objetiva o de daño especial. En otros términos, en la teoría de la falla del servicio no desaparece propiamente la culpa, sino que ésta se enfoca dentro de la perspectiva del Derecho Público con el nombre de falta, identifíquese o no el autor del hecho dañoso, porque lo que se pretende con ella es evidenciar que el servicio, como un todo funcionó inadecuadamente y por eso se causó el daño”<sup>648</sup>.

---

<sup>647</sup> AYALA CALDAS, Op.Cit., p. 686

<sup>648</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 28 de Noviembre de 1987. Sección Tercera.

Por otra parte, se encuentra “*la falla presunta del servicio*”: se trata del mismo régimen de responsabilidad, lo que cambia es la modalidad probatoria dentro del proceso.

Cuando la falla del servicio se presume, no es necesario probarla, entonces el Estado debe entrar a demostrar que ésta no existe, es decir, debe desvirtuarla ya que el afectado solamente debe probar el perjuicio y que el hecho le es imputable a la autoridad pública.

Los casos en que la falla del servicio se presume, es en los actos médicos y en las actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos oficiales, accidentes aéreos).

## **b) Responsabilidad Objetiva**

### a. Teoría del daño especial

Se parte del principio de igualdad de las cargas públicas. “Se compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal”<sup>649</sup>.

El daño que se causa debe cumplir con dos características:

1. Especialidad: debe afectar a determinado conglomerado porque si afectara a todos sería una carga.
2. Anormalidad: hay que establecer una línea de normalidad que al ciudadano le corresponde soportar frente a las cargas; lo que se salga de esa línea es

---

<sup>649</sup> AYALA CALDAS, Op.Cit., p. 721 y 722.

anormal.

b. Teoría del Riesgo Excepcional

Cuando el Estado en la ejecución de una obra lícita o en la prestación de un servicio, emplea medios o recursos que colocan a los administrados en una situación de riesgo excepcional. Situación que por su grado de gravedad, excede la carga que normalmente el administrado tiene que soportar como contraprestación de los beneficios que le representa la ejecución de esa obra o la prestación de ese servicio.

### **15.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.**

Tal como ya se dejó expuesto, el artículo 90 de la Constitución Política consagró el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que es pertinente analizar cada una de las consideraciones que en él se contemplan. Lo referente a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios, será expuesto en el apartado siguiente<sup>650</sup>.

La primera parte de este artículo deja claro que en caso de cumplirse todos los presupuestos que en él se indican, el Estado debe responder patrimonialmente, es decir, por la indemnización de perjuicios correspondientes.

Al establecerse que el “Estado” es responsable, se está considerando que cada una de las de las ramas del poder público, los órganos que las integran, así como los que tienen el carácter de independiente, responderán por los perjuicios que causen. Por lo tanto, la responsabilidad de la administración pública y de las entidades que la conforman queda establecida constitucionalmente en el artículo mencionado.

---

<sup>650</sup> En esta misma obra véase numeral 15.7

Reafirmando lo anterior establece el artículo ya citado en la parte final del primer párrafo lo siguiente: “los daños (..) causados por la acción o la omisión de las autoridades del Estado”; es decir, existe responsabilidad patrimonial del Estado cuando quienes lo integran ocasionan un daño antijurídico.

Por otra parte se introduce en el artículo 90 de la Constitución el concepto de daño antijurídico, cuyo alcance es pertinente precisar. En primer lugar, se tiene que considerar que a partir de la consagración de la anterior noción, la responsabilidad del Estado ya no estará soportada en la irregularidad, ilegitimidad o antijuridicidad de la conducta del agente o de la administración, sino en el daño antijurídico, el cual se ha entendido como aquel que sufre un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

La noción de daño antijurídico está ampliando el ámbito de la responsabilidad estatal, en la medida en que la administración pública y por ende el Estado no será sólo responsable cuando el daño provenga de una actuación irregular de la administración, sino también cuando la actuación ha sido regular y se le ha causado un daño a quien no tiene la carga de soportarlo.

En este sentido se ha manifestado el Consejo de Estado:

*“La consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal, no está descartando de dicha responsabilidad la noción falla de servicios, sino solo ampliando su ámbito de aplicación porque así puede darse no solo cuando provenga de una conducta ilegal o irregular de la administración (en sentido lato cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando prescindiendo de que la actuación haya sido irregular o no, quien la sufre no tenía la carga de soportarlo”<sup>651</sup>.*

Un concepto similar es desarrollado por el Doctor García de Enterría que, al precisar la responsabilidad de la administración pública en el derecho español,

---

<sup>651</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 2 de marzo de 1993. .

establece que el Estado debe responder por las lesiones que cause como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, planteando que “la cláusula general prescinde también – y esto es decisivo- del elemento tradicional de la ilicitud o culpa como principio o fundamento general del sistema, aunque por supuesto no ignora que el funcionamiento anormal de los servicios públicos es uno de los títulos básicos de imputación a la administración, titular de dichos servicios, del deber de reparar el daño producido”<sup>652</sup>.

Dado todo lo anterior se tiene que la administración pública responde por los daños antijurídicos ocasionados a terceros, en los casos en los que su conducta haya sido regular o irregular, siempre que se cumplan con todos los supuestos del artículo 90 de la Constitución política.

Por último, el artículo mencionado trata lo referente a la imputación del daño al Estado para que éste entre a responder patrimonialmente, tema que ya fue tratado en la descripción general que se hizo de los regímenes de responsabilidad en el apartado anterior<sup>653</sup>.

#### **15.4 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

En la medida que una sociedad de economía mixta es entendida como medio para la realización de fines estatales, su desarrollo está en gran parte determinado por los parámetros que fijen los órganos a los que se les ha asignado su control.

En este orden la incidencia en la vida de una sociedad de economía mixta, de esta clase de órganos resulta trascendente, lo que implica que debe hacerse un estudio de la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen en razón de la inobservancia de las obligaciones que les corresponde cumplir como entidades de

---

<sup>652</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo II. España: Editorial Civitas, 1998. p. 369.

<sup>653</sup> En esta misma obra véase numeral 15.2.3.3

control.

**15.4.1 Ministerios y Departamentos Administrativos que Ejercen Control de Tutela.** La tutela es un conjunto de facultades que se le otorgan a los órganos del poder central, respecto de los entes descentralizados, con el fin de que estos ejerzan las actividades que les corresponden en coordinación con la política general del gobierno nacional.<sup>654</sup>

Desde esta perspectiva a los entes titulares del control de tutela les corresponde velar por que la empresa social realizada por la sociedad de economía mixta esté acorde con la política gubernamental y por lo tanto con los fines estatales que justificaron su creación.

Las manifestaciones o facultades del control de tutela son tales, que limitan la autonomía de los entes descentralizados en el desarrollo de sus actividades, con el objeto de lograr coherencia de las actuaciones realizadas por los organismos que integran la administración pública. El control de tutela le permite al ente tutor ciertas actuaciones, dentro de las que se pueden enumerar las siguientes:

- a. El control de tutela permite asegurar la legalidad de la actuación de los entes descentralizados, mas no el control de oportunidad de los actos del ente tutelado.
- b. El poder de tutela no otorga la facultad de reformar o sustituir la decisión del ente sujeto a este control.

---

<sup>654</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.1.



- c. El poder de tutela otorga la facultad de asesorar e inspeccionar al ente descentralizado.
- d. El poder de tutela permite que los actos del ente tutor sean impugnados por la entidad descentralizada.

15.4.1.1 Control de tutela en las sociedades de economía mixta del orden nacional. La sociedad de economía mixta como ente descentralizado está sujeto al control de tutela del Ministerio o Departamento Administrativo al cual está vinculada. El grado de tutela está determinado en las leyes que la autorizan o en el respectivo contrato social.

Sin perjuicio de lo que se consagre en la ley que la autoriza o en el contrato social, respecto del control de tutela, se ha considerado que existen de forma general manifestaciones de su poder en relación con las sociedades de economía mixta:

- a. Quienes representan al gobierno en las juntas directivas son de libre nombramiento y remoción; deben rendirle informes periódicos sobre las actividades cumplidas y el estado general de la entidad en la que actúan.
- b. Los representantes del gobierno en las juntas directivas de estas sociedades, deben velar porque las actividades que desarrollen se ajusten a las políticas generales trazadas por el gobierno central.
- c. La representación de las acciones del Estado compete a los Ministros o Jefes de Departamentos Administrativos a los cuales están vinculadas las sociedades, pudiendo delegar esa función sólo en los viceministros o secretarios generales.
- d. Compete al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Dirección General de Presupuesto, la vigilancia administrativa sobre la destinación que se dé a los aportes del presupuesto nacional por parte de las sociedades economía mixta.
- e. El Consejo de Ministros tiene la atribución legal de aprobar los límites anuales máximos para los gastos de las sociedades de economía mixta, por conceptos,

de servicios personales, viáticos, publicidad, publicaciones y relaciones públicas.

Todo lo anterior implica que el ente que ejerce el control de tutela tiene la obligación legal de velar porque la sociedad de economía mixta sometida a su vigilancia esté acorde con la política gubernamental y por lo tanto con los fines del Estado que fundamentan su creación. Este postulado a pesar de ser general en la ley tiene importantes connotaciones, ya que las sociedades de economía mixta son modelos para el logro de fines estatales.

Tal como dispone el artículo 90 de la Constitución Política, los entes que ejercen control de tutela sobre éstas sociedades, en la medida que son autoridades públicas pueden ser responsables de las acciones u omisiones de sus agentes en caso que de que ocasionen un daño antijurídico, siempre que le sean imputables.

De acuerdo con la anterior el Ministerio o Departamento Administrativo que incumpla con la obligación mencionada, así como con las relacionadas con el mantenimiento de la legalidad de los actos realizados por la sociedad y las establecidas en la ley que autoriza su creación y en el respectivo contrato social, hará responsable a la nación por el daño antijurídico causado a terceros o a la misma sociedad de economía mixta.

La responsabilidad anterior se enmarca dentro del régimen de falla del servicio, teniendo en cuenta que éste se entiende como el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones a su cargo consagradas en la normatividad.

En este orden es posible que si por el incumplimiento de las obligaciones que impone el control mencionado hay lugar al fracaso de una sociedad de economía mixta, procedería una indemnización de perjuicios a favor de quienes sufran el daño o perjuicio por esta razón.

**15.4.2. Superintendencias.** Tal como se explicó en el Capítulo de Control Estatal sobre las sociedades de economía mixta, las Superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que ella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal, (artículo 66 de la ley 489 de 1998) <sup>655</sup>.

La fiscalización que le corresponde ejercer a las superintendencias puede abarcar a las sociedades de economía mixta, en la medida en que se cumplan los presupuestos dados para el ejercicio de la inspección y vigilancia por parte de estas entidades estatales.

Desde esta perspectiva, a las superintendencias les corresponde cumplir con las obligaciones que le impone el ejercicio de la facultad de fiscalización, por lo que si se causa un daño antijurídico debido al incumplimiento de estas, deberán resarcir los perjuicios causados a quien los sufrió sin tener el deber jurídico de soportarlo.

La imputación de esta responsabilidad es a título de falla del servicio, en la medida que se toma en cuenta el daño causado por el incumplimiento de las obligaciones que implica la fiscalización en relación con las sociedades de economía mixta.

## **15.5 RESPONSABILIDAD POR LA DISTRIBUCIÓN Y DESTINACIÓN DE UTILIDADES DEL CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES)**<sup>656</sup>

En el Decreto-ley 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, y en el Decreto 205 de 1997 se regula la distribución de las utilidades o

---

<sup>655</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.7

<sup>656</sup> En esta misma obra véase numeral 16.4.2

excedentes financieros de las sociedades de economía mixta. En las disposiciones allí contenidas se establece al CONPES como el órgano estatal que debe definir la distribución y destinación de las utilidades que recibe el Estado en proporción al valor del aporte realizado en los entes de naturaleza societaria en los que él participa.

Esta normatividad tiene por objeto mantener la coherencia de la política fiscal y macroeconómica definida por el Gobierno Nacional, la cual deben estar encaminadas a la consecución de los fines estatales establecidos en la Constitución. Esto implica que el CONPES, al determinar las reglas que se deben seguir para la destinación y reparto de utilidades y excedentes financieros, ve limitada la decisión que tome respecto de estos por la exigencia de definir una correcta utilización de los recursos que le pertenecen al Estado en favor de los fines que a él le corresponde lograr.

En este orden de ideas, si se causare un daño a un tercero en virtud del incumplimiento de la obligación de dar una correcta destinación a los recursos públicos incurriría como autoridad perteneciente al Estado en una responsabilidad patrimonial de acuerdo con el régimen de falla del servicio.

Igualmente, es posible pensar la responsabilidad de éste ente de la administración a pesar del cumplimiento de las obligaciones que se le imponen para el logro de los fines estatales en la repartición y destinación de utilidades y excedentes financieros, si con su decisión impone una carga anormal y especial a un sujeto o grupo determinado frente a los demás administrados.

Esta responsabilidad tiene su fundamento en dos argumentos:

a. El artículo 90 de la Constitución Política dispone que el Estado responderá por los daños antijurídicos causados, por lo que su responsabilidad no se estructura

con base en la ilegalidad o irregularidad de la conducta de sus autoridades públicas sino en la producción de un daño a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo.

b. En virtud del régimen de imputación del daño especial el Estado es responsable de los daños causados por la imposición de una carga pública anormal y especial a un sujeto o sujetos determinados en ejercicio de sus competencias y obrando en desarrollo de las disposiciones legales.

## **15.6 RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.**

**15.6.1 Supremacía del Régimen de Responsabilidad Establecido en el Artículo 90 de la Constitución.** La remisión a la aplicación del derecho privado en las sociedades de economía mixta en principio da lugar a pensar que el régimen aplicable en materia de responsabilidad patrimonial es el establecido en el artículo 2341 del Código Civil. Sin embargo, la relación que existe entre éstas sociedades y la realización de fines de Estado, así como su vinculación legal a la administración pública por la ley 489 de 1998 da lugar a establecerlas como entidades estatales y por lo tanto sujetas a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución.

La adopción de uno u otro ordenamiento jurídico tiene implicaciones importantes, en la medida que la responsabilidad consagrada en el derecho privado está fundamentada por regla general en el concepto de dolo o culpa, mientras que lo dispuesto en el artículo constitucional mencionado hace referencia a una responsabilidad estatal basada en el concepto de la realización de un daño antijurídico y no de una conducta dolosa o culposa.

Las sociedades de economía mixta son un medio para la gestión de los fines estatales y miembros de la administración pública lo cual implica que deban ser

consideradas como entes que conforman el Estado y comprometen su responsabilidad, la cual se encuentra regulada en norma constitucional que debe primar sobre la disposición legal que remite a la aplicación del régimen de derecho privado a las sociedades de economía mixta. Por lo anterior, la responsabilidad de estas sociedades debe estar regulada por el artículo 90 de la Constitución Política.

Finalmente, se debe considerar que el hecho de que las sociedades de economía mixta estén sometidas principalmente a los parámetros dados por los fines estatales y sólo parcialmente a las reglas del mercado en lo que éstas no sean contrarias a esos fines, una responsabilidad estricta basada en parámetros diferentes al dolo o culpa puede ser el contrapeso necesario para que los administradores que las dirigen, empleen la diligencia necesaria para no comprometer la responsabilidad de la sociedad.

## **15.7 RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

**15.7.1 El Control Fiscal en las Sociedades de Economía Mixta<sup>657</sup>.** El Estado en desarrollo de sus funciones y mandamientos constitucionales, debe tener recursos que le permitan financiar y cumplir sus objetivos, por lo cual existe un erario público que debe protegerse y sobre el cual se desarrolla todo el sistema de gestión y control fiscal. Se persigue la protección al patrimonio de la Nación garantizando la legalidad y correcta utilización de los recursos públicos.

La Constitución regula el tema de la Contraloría y el control fiscal en los artículos 267 y subsiguientes, preceptos que encuentran desarrollo legal en la Ley 42 de enero 26 de 1993 expedida por el Congreso, por medio de la cual se comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de

---

<sup>657</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.5

control fiscal y financiero, los procedimientos jurídicos aplicables y los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal. Así mismo, se expidió la Ley 610 de 2000, la cual en palabras del mismo Contralor General de la República, más que establecer el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal de competencia de las contralorías, consagra un verdadero estatuto procesal en materia de responsabilidad fiscal, a partir de la cual esta rama del derecho empieza a adquirir identidad propia y la autonomía necesaria para diferenciarse de otros tipos de responsabilidades.

Con base en la normatividad anterior, se han desarrollado los conceptos de gestión, control y responsabilidad fiscal.

#### 15.7.1.1 Gestión fiscal.

“Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

*“Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

*Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de*

*las respectivas atribuciones y facultades*<sup>658</sup>.

Así mismo con anterioridad, el Consejo de Estado, en Concepto 848 del 31 de julio de 1996, formuló la siguiente definición de Gestión fiscal: “Es, entonces, el conjunto de actividades económico–jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica– pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado”.

En el campo doctrinal, encontramos definiciones que guardan relación con las concepciones jurisprudenciales: “se entiende por gestión fiscal el conjunto de todas las operaciones relacionadas con la administración, explotación o disposición de los recursos que integran el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, tales como el recaudo de fondos, la adquisición o enajenación de bienes y la ordenación de gastos e inversiones”<sup>659</sup>.

15.7.1.2 Principios de la Ley 42 de 1993. La Constitución en su artículo 267, establece que la vigilancia de la gestión fiscal debe estar fundada en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Estos mismos principios son desarrollados por la Ley 42 en su artículo 8º:

**a. Eficiencia.** En cuanto a éste principio la Ley 42 establece que por medio de él, se le permite a la Administración establecer en un periodo determinado, que la asignación de recursos es la más conveniente para maximizar sus resultados.

“El principio de eficiencia sirve para determinar si en igualdad de condiciones de calidad de los bienes y servicios se obtiene el menor costo. Sus conclusiones

---

<sup>658</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 840 de Agosto 9 de 2001.

<sup>659</sup> YOUNES MORENO, Diego. Régimen del control fiscal y del control interno. 4ª Edición. Colombia: Editorial Legis, 2000. p. 35.



permiten establecer si los costos en que incurren las entidades públicas encargadas de la producción de bienes y la prestación de servicios son los más adecuados para lograr sus objetivos y resultados”<sup>660</sup>.

La Directiva Presidencial 002 de 1994, concibe que el principio de eficiencia obliga a velar porque, en igualdad de condiciones de calidad y oportunidad, la provisión de bienes y/o servicios se haga al mínimo costo, o en otras palabras, con la máxima productividad y el mejor uso de los recursos disponibles.

**b. Economía.** La economía desde el punto de vista de la gestión fiscal, ha evolucionado como concepto y se constituye actualmente en uno de los cambios fundamentales que la Contraloría General de la República desarrolla en el ejercicio de su gestión, ya que pasó de ser una concepción contable, donde lo importante era que las actividades del Estado se desarrollaran al menor costo, a tener un ámbito global de aplicación con enfoque social.

“En las actuales circunstancias, el mismo se asume desde la óptica de la teoría económica y con una connotación claramente social, pues procura que los recursos públicos – entendidos como escasos – se asignen entre objetivos alternativos, y en busca de obtención de los más altos rendimientos sociales.

Mediante la aplicación del principio de economía se busca establecer, a nivel micro, si la asignación de los recursos ha sido la más conveniente para maximizar los resultados. A nivel macro, se pretende determinar si la asignación global de los recursos financieros del Estado entre sus diferentes objetivos es la más adecuada para cumplir con sus finalidades sociales”<sup>661</sup>.

---

<sup>660</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. El nuevo Control Fiscal en Colombia: normas constitucionales y legales, 1994.

<sup>661</sup> *Ibidem*, p. 17

**c. Eficacia.** Este principio debe entenderse como el instrumento que permite determinar en la administración que los resultados se están logrando de manera oportuna y que guardan relación con sus objetivos y metas.

“El principio de eficacia contribuye a verificar si los resultados de la gestión pública guardan relación con los objetivos y metas de las entidades y se logran de manera oportuna. Al propósito general de este principio le sirve de manera especial el control físico, el cual se ejerce tanto en lo relacionado con la cantidad como en términos de calidad y oportunidad con que se realiza la gestión en toda entidad pública”<sup>662</sup>.

**d. Equidad.** Por medio de este principio, se pueden identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales.

El control fiscal debe medir la equidad, porque los recursos públicos y su utilización tienen una finalidad social que no puede desconocerse, y que debe dirigirse a equilibrar en todo el territorio nacional los beneficios y costos con el fin de lograr un desarrollo uniforme en todos los sectores y en todas las regiones.

**e. Valoración de costos ambientales.** Este principio facilita la cuantificación del impacto que causan los distintos agentes económicos por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente. Así mismo, evalúa la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

15.7.1.3 Control Fiscal. La Corte Constitucional, en Sentencia C-167 del 20 de abril de 1995, advirtió: “Con la promulgación de la Carta Política de 1991, la función pública del control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida que la actividad debe orientarse dentro de la filosofía del Nuevo Estado social de

---

<sup>662</sup> Ibídem, p. 17

derecho en general, y específicamente dirigida a la aplicación de los principios de eficacia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales”.

El control fiscal recae sobre la gestión fiscal, con el fin de que el manejo y administración de los fondos públicos, se ajusten a los objetivos previstos en la Constitución y la Ley.

El artículo 267 de la Constitución, establece: “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”.

Respecto al concepto de control fiscal como función pública, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente: “El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos y particulares, y su objeto es el de verificar - mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la constitución y la Ley”<sup>663</sup>.

No se puede desconocer, que junto al control fiscal, existen otros controles instituidos con el fin de lograr que el Estado social de derecho se desarrolle, encontrando armonía en los diferentes niveles de sus instituciones. “La vigilancia es múltiple, la fiscalización se ejerce desde distintos ángulos, ya que tan solo uno de ellos no bastaría para lograr el equilibrio de poder, la tutela de los administrados, el respeto a la ley, y el obedecimiento a los mandatos soberanos del pueblo, que son ideales del Estado de derecho y de la organización democrática

---

<sup>663</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 586 del 7 de Diciembre de 1995

de la comunidad política. Por ello el control fiscal no es único ni exclusivo; por el contrario, coexiste con los demás sistemas de vigilancia institucionalmente concebidos”<sup>664</sup>.

**a. Sujetos sometidos al control fiscal.** La Ley 42 de 1993 determina que sujetos están sometidos al control fiscal: órganos que integran la rama legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, *las sociedades de economía mixta*, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República (artículo 2º).

Asimismo, en el orden territorial están sujetos al control fiscal los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal, y las entidades de este orden enumeradas anteriormente (artículo 3º).

**b. Sistemas de Control.** El artículo 267 de la Constitución dispone que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados. Así mismo, el artículo 9º de la Ley 42 del 93, desarrolla estos sistemas de control y adiciona el de legalidad, el de revisión de cuentas y la evaluación del control interno.

Estos sistemas para el ejercicio del control fiscal se desarrollan a continuación, pero debe tenerse en cuenta que la Contraloría General de la República puede adoptar otros sistemas de control que le den mayor eficiencia y seguridad, a través de una reglamentación especial.

---

<sup>664</sup> YOUNES MORENO, Op.Cit., p. 38

- Control Financiero. El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el contador general (artículo 10 Ley 42 de 1993).

- Control de Gestión. El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad (artículo 12 Ley 42 de 1993).

- Control de Resultados. El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en que medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado (artículo 13 Ley 42 de 1993).

- Control de Legalidad. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables (artículo 11 Ley 42 de 1993).

- Revisión de cuentas. La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período

determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones (artículo 14 Ley 42 de 1993).

De acuerdo a lo anterior, se observa que actualmente el control fiscal de la Contraloría, busca evaluar resultados globales de la gestión administrativa del Estado, superando el criterio restrictivo que se utilizaba anteriormente donde la legalidad y los resultados en cifras eran lo importante a la hora de evaluar la gestión fiscal<sup>665</sup>. La función pública de control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida que la actividad debe orientarse dentro de la filosofía del Estado social de derecho.

- Control Posterior y Selectivo. La Constitución de 1991 introdujo un cambio fundamental respecto del momento en que debe realizarse el control fiscal, ya que anteriormente la Contraloría lo ejercía previamente. La norma constitucional dispuso que el control fiscal debe ejercerse en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a este punto, manifestando en su jurisprudencia que al hacerse el control fiscal de forma posterior y selectiva, esta función tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, ya que los sujetos de este control no dependen de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos; igualmente, al ser selectiva no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que lesione la actividad administrativa de los sujetos controlados (sentencias C-529 y C-574 de 1993).

Los artículos 4º y 5º de la Ley 42 de 1993 definen y determinan qué es el control posterior y selectivo, y quién lo ejerce. El ejercicio del control fiscal estará en

---

<sup>665</sup> RESTREPO, Juan Camilo. Hacienda Pública, 2ª edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1994. Página 279.

cabeza de la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, pero la Constitución da la posibilidad en su artículo 267, que la ley autorice en casos especiales, que la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

El control posterior lo define la ley, como la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por su parte, el control selectivo se entiende como la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal (artículo 5º Ley 42 de 1993).

Esta forma de control, hace más efectiva y rápida la gestión de la Contraloría, obteniendo resultados representativos del comportamiento de la administración en general. Un control donde no se limite la actividad de la administración y donde se realiza la vigilancia sobre lo que el ente fiscal considera que es importante, es más eficiente.

15.7.1.4 Responsabilidad Fiscal. Para este aparte del capítulo, se seguirá el desarrollo temático planteado por el Doctor Diego Younes Moreno en su libro “Régimen del control fiscal y del control interno” en el capítulo referente a la responsabilidad fiscal.

En primer lugar, es importante identificar el bien jurídico que busca protegerse cuando se ejerce el control fiscal, cuya vulneración da lugar a una responsabilidad fiscal. La Constitución en su artículo 267 y la Ley 42, señalan los fondos o bienes de la Nación y los intereses patrimoniales del Estado, como el bien jurídico que busca tutelarse.

**a. Sujeto Pasivo de la Acción Fiscal.** Los sujetos pasivos de la acción fiscal, es decir, aquellos sobre los cuales se genera responsabilidad fiscal, son aquellos determinados en los artículos 2º y 3º de la Ley 42 de 1993 y cuyo estudio se realizó anteriormente; así mismo, la gestión fiscal, es decir, aquello sobre lo cual recae el control fiscal, está integrado por una serie de actividades que recaen sobre los bienes del Estado y que desarrollan los sujetos pasivos del control fiscal: adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, etc.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en respuesta a la Consulta número 732 del 3 de Octubre de 1995, estableció lo siguiente: “En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la Administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento”.

Para incurrirse en responsabilidad fiscal, es necesario que se genere un daño patrimonial al Estado, en razón de la acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. Este daño patrimonial se encuentra definido por la Ley 610 de 2000:

ART. 6º—Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado,



producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

“Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados”<sup>666</sup>.

Por último, debe tenerse en cuenta que el grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.

**b. Objeto de la Responsabilidad Fiscal.** “El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley – o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquélla – deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o

---

<sup>666</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C – 840 de 2000

deterioros que como consecuencia se hayan producido”<sup>667</sup>.

El artículo 4 de la Ley 610 de 2000, establece el objeto de la responsabilidad fiscal en los siguientes términos: “La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal”.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

“El objeto de esta clase de responsabilidad consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa asuman una conducta que no está acorde con la Ley, o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquella, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido”<sup>668</sup>.

**c. Elementos de la Responsabilidad Fiscal.** El artículo 5 de la Ley 610 de 2000, establece los elementos que deben darse para que se configure la responsabilidad fiscal:

---

<sup>667</sup> CONSEJO DE ESTADO Sala de Consulta y Servicio civil. Consulta 732 del 3 de Octubre de 1995.

<sup>668</sup> CONSEJO DE ESTADO. Concepto No. 848 de Julio 8 de 1996

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

La conducta, activa u omisiva, imputable al autor del daño, dolosa o culposa, se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular que autorizado legalmente despliegue gestión fiscal, en ejercicio de la cual, o con ocasión de ella, genere un daño al patrimonio del Estado.

- Un daño patrimonial al Estado

"Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio. Para una mayor ilustración conviene registrar -dentro de un horizonte mucho más amplio- que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella"<sup>669</sup>.

- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores

**d. Características de la Responsabilidad Fiscal.** “La responsabilidad que se declara es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público o de un particular o persona que ejerce funciones públicas, por el

---

<sup>669</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 840 de 2001

incumplimiento de los deberes que le incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Es patrimonial, porque como consecuencia de su declaración el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

No tiene un carácter sancionatorio, penal, ni administrativo, su finalidad es meramente resarcitoria por el detrimento patrimonial ocasionado. Es independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria y de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos.

El artículo 4 parágrafo 1 de la Ley 610 de 2000, establece que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”<sup>670</sup>.

**e. Responsabilidad fiscal en las sociedades de economía mixta.** Teniendo en cuenta lo visto anteriormente, es importante analizar el control ejercido por el Estado en aquellas sociedades donde tiene participación en el capital, ya que al estar involucrados recursos de la Nación, hay un interés general que debe protegerse por medio de la vigilancia y control de la Administración y disposición de esos bienes.

Paralelo al órgano de Revisoría Fiscal establecido en cada sociedad de economía mixta, se encuentra un control fiscal instituido y regulado por la Constitución y la Ley, el cual es una función pública ejercida por la Contraloría General de la

---

<sup>670</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 620 de 1996.

República.

La ley 42 de 1993 en su artículo 21, establece que la vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8º de la ley. Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

Hay que diferenciar entre los aportes y las participaciones del Estado a una entidad, ya que en el primer caso se hace referencia a la entrega de recursos para proyectos sin que la administración se convierta en asociado; y en el segundo caso, el Estado participa en el capital de la entidad y se convierte miembro de ésta.

“Es diferente, el tratamiento legal de la función de control, según se trate de participaciones del Estado en el capital social de distintas formas societarias, o de aportes. En la primera forma la vigilancia de la gestión fiscal comprende la evaluación de la actividad empresarial con el fin de establecer la observancia de los principios de legalidad, eficiencia, oportunidad, entre otros. En la segunda, la vigilancia se refiere al manejo específico de los recursos”<sup>671</sup>.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el control fiscal ejercido por la Contraloría, no es obstáculo para que en las sociedades de economía mixta se desarrolle un órgano de revisoría fiscal, ya que éste se constituye en otro mecanismo de control que facilita la vigilancia de estas entidades. Así lo establece el artículo 23 de la Ley 42 de 1993: “En las sociedades y demás entidades a que hacen referencia los artículos 21 y 22, la vigilancia de la gestión fiscal se realizará sin perjuicio de la revisoría fiscal que, de acuerdo con las normas legales, se ejerza en ellas”.

---

<sup>671</sup> YOUNES MORENO, Op. Cit., p. 259.

Antes de la Constitución Política de 1991 no existía acuerdo en como armonizar este órgano social con el control fiscal. La Superintendencia de Sociedades en su oficio EX-34499 de Agosto 24 de 1988 estableció las siguientes pautas: “de acuerdo con el artículo 21 de la ley 20 de 1975 las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 50% o más del capital, quedan sometidas al régimen fiscal de las empresas industriales y comerciales del estado, en consecuencia el revisor fiscal será elegido directamente por el Contralor General de la República. Si la participación estatal es inferior al 50% del capital, el control fiscal será ejercido por revisores fiscales elegidos por la asamblea de accionistas de listas pasadas por el Contralor General de República y su función será desempeñada en los términos previstos en el Código de Comercio”.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se reorientó el alcance del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República y en desarrollo de las disposiciones constitucionales se expidió la ley 42 de 1993, la cual en su artículo 23 aclaró el tema.

Con base en lo anterior se afirma que en las sociedades de economía mixta en las que deba funcionar la Revisoría fiscal por cumplirse alguno de los supuestos del artículo 203 de Código de Comercio o del párrafo 2º del artículo 13 de la ley 43 de 1990, el revisor respectivo debe ser designado y ejercer sus funciones de acuerdo con el Código mencionado, cualquiera sea el porcentaje de participación en la sociedad. Por lo que resulta claro que el funcionamiento de la Revisoría fiscal debe darse sin perjuicio de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría en este tipo de entidades<sup>672</sup>.

En conclusión, respecto al tema de la responsabilidad fiscal, por manejar las

---

<sup>672</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Oficio 220-21427 de octubre 6 de 1993. p. 448.

sociedades de economía mixta recursos del Estado y ser sujetos del control fiscal, las personas que en ellas desarrollen gestión fiscal - ya sean servidores públicos o particulares – quedan sujetas al régimen de responsabilidad en la medida que con sus actuaciones u omisiones causen perjuicio al patrimonio estatal.

### **15.7.2 Responsabilidad penal por los delitos contra la administración pública**

15.7.2.1 Marco general. El carácter de servidor público que pueden llegar a tener determinados miembros de las sociedades de economía mixta, hace necesario establecer la responsabilidad penal en la que pueden verse incurso, ya que al ejercer éstos función pública, incurren en delitos que no se les aplican a las personas que no tienen su calidad.

15.7.2.2 Bien jurídico tutelado. En los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico tutelado es la función pública entendida como la actividad estatal en sus diferentes manifestaciones. Es un bien colectivo porque a todos interesa el buen desarrollo de las actividades de los órganos públicos en ejercicio de sus funciones.

La actividad y funcionamiento de la Administración Pública está regulada en la Constitución, la cual establece además los principios sobre los cuales debe desarrollarse: la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (artículo 209 Constitución Política)<sup>673</sup>.

---

<sup>673</sup> En esta misma obra véase numeral 1.8.

“El bien jurídico protegido, de acuerdo con la prescripción legal, es la Administración Pública. Se trata de un interés funcional o institucional porque la salvaguardia apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad.

En este caso no se tutela directamente la libertad de opinión, la igualdad, el derecho al sufragio, la autodeterminación o cualquier otro privilegio radicado en los individuos, sino que se protege de manera inmediata el ejercicio debido o correcto de la administración, con el fin de que los primeros bienes mencionados puedan ser reales y efectivos”<sup>674</sup>.

Es entonces este bien jurídico el que debe verse afectado en razón de comportamientos que afecten su adecuado desarrollo.

15.7.2.3 Sujeto activo de los delitos. El comportamiento delictivo puede darse desde diferentes ópticas, ya que es posible que sea cometido por un servidor público contra la Administración, o contra un agente suyo, caso en el cual se protege la persona pero en razón de la función pública que desempeña. Así mismo, hay casos en que son los particulares los que atentan contra la Administración y esa es la conducta tipificada, pero hay que tener claro que “la norma general es la de que estos son delitos cualificados por la calidad del sujeto agente, y sólo por excepción pueden ser realizados por individuos que no tengan esa calidad”<sup>675</sup>.

Los delitos contra la Administración Pública son especiales en la medida que se requiere que el sujeto activo tenga una calidad especial que se encuentra definida en la Constitución y la ley: *ser servidor público*.

---

<sup>674</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 13922 de Mayo 19 de 1999. Sala de Casación Penal

<sup>675</sup> GOMEZ MENDEZ, Alfonso. Delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 32



El artículo 123 de la Constitución establece quienes son servidores públicos, y el Nuevo Código Penal en su artículo 20 hace lo propio: “Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren bienes parafiscales”.

15.7.2.4 Delitos contra la administración pública. A continuación, se hará una referencia a los delitos más importantes regulados en el Código Penal y que afecten la Administración Pública.

**a) Peculado.** Cuando el Estado desarrolla sus actividades, necesita utilizar bienes cuyo manejo puede ser la clave para el logro de los objetivos y finalidades de Estado, es por esto que buscan protegerse por medio de la tipificación de este delito.

“Se estructura cuando se administra mal o se hace un mal uso en sentido amplio de bienes del Estado o de particulares que le han sido confiados al servidor público en razón de la investidura pública”<sup>676</sup>.

El peculado se encuentra regulado en los artículos 397 a 401 del Código Penal y se divide en 4 clases:

---

<sup>676</sup> Ibídem, p. 65.

- Peculado por apropiación

Se da cuando un servidor público se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

- Peculado por uso

Este delito se configura cuando el servidor público indebidamente use o permita que otros usen bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

- Peculado por aplicación oficial diferente

Se tipifica cuando el servidor público dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

- Peculado culposo

Se da cuando el servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

El peculado recae sobre una clase de bienes específicos: aquellos pertenecientes al Estado o a empresas o instituciones en que éste tenga parte, y es claro que

dentro de ésta categoría se incluyen las sociedades de economía mixta en la medida que su capital tiene participación estatal.

El Código Penal no cuantificó el porcentaje de aporte que debe tener el Estado en una sociedad para que sobre sus bienes pueda configurarse este tipo penal, lo cual no hace claro el límite entre la lesión a la Administración Pública y la lesión al Estado.

Frente al tema se han asumido diferentes posiciones<sup>677</sup>:

a. Aquellos que consideran que al no especificar la norma penal la cantidad del aporte, se entiende que se refiere a cualquier porcentaje sin tener en cuenta su magnitud. Esto no parece lógico en la medida que la participación estatal puede llegar a ser tan insignificante, que lo mejor es hacer primar la protección al patrimonio económico que a la administración pública.

b. La posición que considera que el aporte del Estado debe ser igual o superior al 90% del capital social. En esta tendencia, podría llegar a verse desprotegida la administración pública en los casos en que aunque el aporte estatal no sea del 90%, sí sea de gran magnitud.

La de quienes consideran que la expresión “en que el Estado tenga parte” se refiere a aquellos casos en que el 50% o más del capital social pertenece al Estado, o en los que el Estado tiene mayor parte, teniendo en cuenta que en estos casos se haya hecho con vista a la estabilidad o fomento de instituciones que, aunque tengan la apariencia de personas de derecho privado o semioficial, prestan un servicio social o comunitario, lo que somete el manejo de sus fondos a condiciones acordes con la finalidad de beneficio o servicio común para la cual fueron creadas.

**b) Conclusión.** La concusión se tipifica cuando el servidor público abusando de

---

<sup>677</sup> *Ibidem*, p. 72 y 73.

sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos (artículo 404 Código Penal).

“En efecto, el delito que se deja mencionado está constituido por una particular modalidad de ofensa a la administración pública la cual al cometerla los funcionarios públicos, empleados o transitoriamente encargados de un servicio público están faltando a los deberes para con ella”<sup>678</sup>.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

Es claro que este tipo penal en las sociedades de economía mixta solo puede ser cometido por aquellas personas que teniendo la calidad de servidor público conforman la compañía.

Puede llegar a ocurrir que el representante de la participación del Estado en este tipo de sociedades incurra en abusos con el fin de obtener una utilidad indebida, caso en el cual estaría desconociendo los fines de su actividad en cuanto que en la sociedad de economía mixta no sólo debe velar por los intereses económicos estatales, sino que también debe encaminar el desarrollo de sus funciones a las finalidades de interés general para las cuales se creó la entidad.

**a) Cohecho.** El cohecho está regulado en los artículos 405 a 407 del Código Penal, y presenta diferentes modalidades.

- Cohecho propio

Se genera cuando el servidor público reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u

---

<sup>678</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 7 de Junio de 1997. Sala de Casación Penal.

omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales.

- Cohecho Impropio

Se tipifica cuando el servidor público acepta para sí o para otro dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.

- Cohecho Aparente

Este delito se configura cuando el servidor público recibe dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

El servidor público que participa en las sociedades de economía mixta, tiene la función de representar al Estado y en desarrollo de ésta atribución se le han otorgado facultades de decisión respecto de los intereses estatales. Es en esta medida que el servidor participa en las relaciones que tiene la sociedad de economía mixta con los demás agentes, lo cual puede llegar a desviar sus objetivos con el fin de favorecer a terceras personas, actitud que afecta gravemente la administración pública.

**d) Tráfico de influencias.** El tráfico de influencias se tipifica cuando el servidor público utiliza indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer (artículo 411 Código Penal).

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

El Estado al ser socio en una sociedad de economía mixta, tiene por virtud de los

derechos que le confiere el capital, la facultad de intervenir en la toma de decisiones, atribución que desarrolla por medio del representante de su participación.

Es desde este punto de vista, que se encuentra el servidor público en la posibilidad de utilizar influencias derivadas de la función de representación, con el fin de obtener beneficio de parte de otro servidor público. Por ejemplo, se abre la posibilidad con esta conducta del pago de cuotas políticas.

**e) Celebración indebida de contratos.** Esta modalidad delictiva se divide en tres tipos de delitos regulados en los artículos 408 a 410 del Código Penal.

- Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

Se tipifica cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones interviene en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades.

- Interés indebido en la celebración de contratos

Este tipo penal se configura cuando el servidor público se interesa en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones.

- Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Se genera cuando el servidor público por razón del ejercicio de sus funciones tramita contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebra o liquida sin verificar el cumplimiento de los mismos.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expidió el estatuto general de contratación de la administración pública, se determinó que están sujetas a esta normatividad "...las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%...". Esta disposición es importante en la medida que los tipos penales anteriormente descritos se configuran en los servidores públicos que representen al Estado en sociedades con este nivel de porcentaje de capital estatal.

Los servidores públicos por el hecho de pertenecer a sociedades donde tiene cabida la normatividad privada, no pierden su calidad y por tal siguen sometidos a las inhabilidades o incompatibilidades respectivas, las cuales se tienen en cuenta al momento de la celebración de un contrato por parte de una sociedad de economía mixta sometida al régimen de la Ley 80.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta los fines de la contratación estatal al momento de la celebración de contratos por parte de la sociedad de economía mixta: "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines" (artículo 3 Ley 80 de 1993).

Es por todo lo anterior, que los servidores públicos que participan en las sociedades de economía mixta, deben obrar conforme a los principios constitucionales y legales que buscan proteger la administración pública y los intereses generales en el proceso de contratación.

**f) Enriquecimiento Ilícito.** Esta conducta delictiva se tipifica cuando el servidor público durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito.

“Por mandato constitucional, el servidor público se encuentra en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en relación con el monto y manejo de sus bienes, por lo cual se puede decir que este artículo consagra un deber específico de transparencia de estos servidores. En efecto, ¿qué sentido puede tener esa exigencia de declarar bajo juramento el monto de los bienes y las rentas sino es porque la Constitución ha consagrado al servidor público un deber específico, según el cual tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales? Ese particular deber de transparencia se justifica por las razones expuestas en el presente salvamento, en cuanto a la protección de la moralidad de la administración pública, de la cual deriva la especial sujeción del servidor público. Además, a ello hay que agregar que, en términos generales, nadie está obligado a ejercer una función pública, sino que ésta es una tarea en la que los ciudadanos deciden participar libremente. Pero al hacerlo, están asumiendo todas las responsabilidades que están ligadas al cargo y que derivan de las funciones de interés general que le están asociadas”<sup>679</sup>.

El enriquecimiento ilícito como tipo penal subsidiario, se aplica solamente en la medida que con la conducta no se constituya otro delito.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

Puede ser que el servidor público que participa como representante del capital

---

<sup>679</sup> MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Salvamento de voto a la Sentencia C – 319 de 1996 de la Corte Constitucional.



estatal en la sociedad de economía mixta, derive beneficios económicos adicionales a los que le corresponden por esta función; es por esto, que con la tipificación de este delito se busca proteger el interés patrimonial del Estado porque no sólo se ve involucrado el hecho de que el servidor puede llegar a haber aminorado los recursos de las arcas públicas, sino que detrás de esa protección se encuentra la necesidad estatal de velar por tener las herramientas necesarias para desarrollar y alcanzar los fines de interés general que fundamentan la Administración Pública.

**g) Prevaricato.** “El prevaricato, en términos generales, se presenta cuando un servidor público emite un acto ilegal. El prevaricato implica una violación al principio de legalidad, entendido como la necesidad de que todos los actos de los empleados oficiales en el ejercicio de sus funciones correspondan a las normas jurídicas que regulan la expedición de ese acto. La ley, naturalmente, debe entenderse para estos efectos en sentido material y no formal. La violación al principio de legalidad así concebido genera, de manera general, el delito de prevaricato. Esas normas bien pueden referirse a la competencia o a la regulación misma de la forma como debe ejercerse la función pública”<sup>680</sup>.

El prevaricato se encuentra regulado en los artículos 413 a 415 del Código Penal, y presenta dos especies:

- Prevaricato por acción

Se tipifica cuando el servidor público profiere resolución, dictamen o concepto, manifiestamente contrario a la ley.

- Prevaricato por omisión

Este delito se genera cuando el servidor público omite, retarda, rehusa o deniega un acto propio de sus funciones.

---

<sup>680</sup> GOMEZ MENDEZ, Op.cit., p. 285.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

En la medida que el servidor público que representa al Estado en las sociedades de economía es el puente entre ésta y los intereses estatales, en el desarrollo de sus funciones que están definidas legalmente puede llegar a emitir resoluciones, dictámenes o conceptos que contraríen la ley o la desconozcan.

El servidor público debe ser honesto y claro con el Estado en cuanto a la información que le suministra respecto del estado y manejo de sus recursos, ya que si no lo hace o lo hace contrariando la ley puede llegar a verse incurso en esta conducta penal.

**h) Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.** El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurre en este tipo penal (artículo 416 Código Penal).

“Es también el principio de legalidad el que se quiere proteger con esta norma. El acto jurídico del funcionario no debe obedecer a su capricho o arbitrio, sino que debe tener como marco insustituible la ley”<sup>681</sup>.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

El servidor público representante del Estado, enmarca su actuación en las funciones que para ello le haya determinado la ley; por esto ese lineamiento general, es el que delimita la injusticia o arbitrariedad de sus actuaciones que pueden llegar a verse reprendidas por la ley penal en caso de cumplir con alguna de éstas dos características.

---

<sup>681</sup> *Ibidem*, p. 305.

**i) Utilización indebida de información oficial privilegiada.** Este delito se tipifica cuando el servidor público como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica (artículo 420 Código Penal).

“El bien jurídico tutelado es de los denominados funcionales, por cuanto se busca proteger una actividad orientada por un conjunto de principios y finalidades, regulada en su ejercicio por normas estrictas de competencias y funciones para preservar la función administrativa pública”<sup>682</sup>.

- Aplicación del tipo penal en las sociedades de economía mixta

Es claro que el servidor público que participa en una sociedad de economía mixta, no ve limitadas sus funciones a la representación que ejerce en ésta, ya que como servidor público su campo de acción es amplio en cuanto ejerce función pública. Es posible por ésta misma razón, que como miembro de la administración se ubique en posición privilegiada para el conocimiento de cierta información que por regla general no debe ser conocida por el público, y en esa medida, debe ser consciente de la obligación de reserva que tiene sobre dicha información para no incurrir en este tipo penal.

El análisis de los tipos penales anteriormente mencionados, busca establecer que los servidores públicos por el hecho de tener tal calidad, pueden incurrir en unos tipos penales especiales que se aplican en el desarrollo de sus funciones de representación del capital estatal en las sociedades de economía mixta.

### **15.7.3 Responsabilidad Disciplinaria**

---

<sup>682</sup> *Ibíd*em, p. 280.

15.7.3.1 Marco general. Todo Estado requiere una organización previa y claramente establecida con el objetivo de que en su estructura se desarrollen mecanismos tendientes a asegurar el orden y las finalidades de la Administración. La responsabilidad disciplinaria hace referencia entonces, a la potestad que tiene el Estado para impartir sanciones a sus servidores, cuando éstos incumplan sus deberes en ejercicio de la función pública.

Según Alessi, la responsabilidad disciplinaria entra dentro de la categoría más amplia de la responsabilidad administrativa, responsabilidad derivada de la transgresión de toda clase de deberes administrativos frente a la Administración y que supone unas sanciones administrativas que han de aplicarse por las autoridades administrativas en forma administrativa.

“La aludida responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda función pública, los cuales están orientados por el postulado de su previa determinación y son propios del Estado de Derecho, toda vez que él implica el sometimiento de los particulares y de los servidores públicos a unas reglas generales y abstractas que impidan su comportamiento arbitrario”<sup>683</sup>.

15.7.3.2 Régimen disciplinario. “El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”<sup>684</sup>.

En Febrero 5 de 2002 fue expedida por el Congreso de la República la Ley 734, por medio de la cual se estableció el Código Disciplinario Único, que es el encargado de regular todo lo referente a la responsabilidad disciplinaria. “Así,

---

<sup>683</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 417 de Octubre de 1993.

<sup>684</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 341 de Agosto 5 de 1996.

pues, no hay duda sobre la consagración en nuestros estatutos de una responsabilidad disciplinaria, que se deriva del desacato a la normatividad propia de la función pública, con procedimientos, sanciones y autoridades específicas para instrumentar dicha responsabilidad”<sup>685</sup>.

El Código Contencioso Administrativo también contribuye a ésta regulación disciplinaria y en su artículo 76 establece causales de mala conducta de los funcionarios que pueden llegar a generar sanciones disciplinarias. De esta manera, el Código Contencioso regula modalidades de responsabilidad disciplinaria.

Todo el régimen disciplinario, busca como finalidad principal, garantizar el buen desempeño de la función pública, para que bajo los principios constitucionales se cumplan los postulados del Estado social de derecho. “El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes” (artículo 22 Ley 734).

15.7.3.3 Destinatarios de la Ley disciplinaria. “Constituye un principio fundamental sobre el cual se estructura la Carta Política de 1991 y se erige el Estado social de derecho colombiano, que los servidores públicos – en la consecución de los cometidos estatales -, desempeñen las funciones para las cuales han sido designados con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, de manera que, se pueda deducir una responsabilidad de su comportamiento por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Constitución Política, artículos 2 y

---

<sup>685</sup> YOUNES MORENO, Op.cit., p. 280.

6)<sup>686</sup>.

Hay que identificar entonces, quienes son los destinatarios de la ley disciplinaria. El artículo 25 y 53 de la Ley 734, establecen cuales son esos sujetos:

- a. Los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio
- b. Los indígenas que administren recursos del Estado
- c. Los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.
- d. Los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con éstas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.
- e. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la junta directiva.

15.7.3.4 Potestad disciplinaria. “La potestad disciplinaria es el poder o potestad que tiene la Administración para exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas, en orden a asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo”.<sup>687</sup> Queda claro entonces, que es el Estado el titular de la potestad disciplinaria.

La Corte Constitucional en Sentencia C – 430 de 4 de Septiembre de 1997, estableció que “la potestad punitiva disciplinaria del Estado contra los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones públicas, se ejerce y hace efectiva por sus ramas y órganos, cuando dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios y las normas que rigen las formas de su comportamiento e

---

<sup>686</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 095 del 18 de Marzo de 1998.

<sup>687</sup> GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. La Función Pública en Colombia. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1985. p. 126.

incurren, en consecuencia, en infracciones disciplinarias, que se estructuran y juzgan con arreglo a las normas sustanciales y procedimentales contempladas en el respectivo régimen disciplinario”.

La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas (artículo 3º Ley 734).

La ley desarrolla el mandato constitucional establecido en el artículo 277, el cual enuncia las funciones del Procurador General de la Nación: “6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley”.

“La Procuraduría General de la Nación es el organismo que goza, por mandato constitucional, de una cláusula general de competencia para conocer de las faltas disciplinarias de los empleados, en ejercicio de un poder que prevalece sobre el de otros órganos estatales”<sup>688</sup>.

#### 15.7.3.5 Falta y sanción disciplinaria

**a) Falta Disciplinaria.** El concepto de responsabilidad, parte de la base de que existe una trasgresión frente a la Administración, y es así como “constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar

---

<sup>688</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -417 de Octubre 4 de 1993.

amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”<sup>689</sup>.

La Ley 734 se encarga de señalarle a los sujetos disciplinables, sus prohibiciones y deberes, de tal manera que es dentro de este marco normativo, donde surgen las sanciones disciplinarias. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones (artículo 27 Ley 734).

El artículo 42 de la Ley 734 clasifica las faltas disciplinarias en gravísimas, graves y leves y el artículo 43 de la misma ley, establece los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Por su parte el artículo 48 de la ley mencionada señala taxativamente las faltas gravísimas.

En la Sentencia C – 417 del 4 de Octubre de 1993, la Corte Constitucional señaló que “las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, ‘la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva’ ”.

**b) Sanción Disciplinaria.** “La sanción disciplinaria es la consecuencia que se deriva de la comisión de una falta disciplinaria dentro del territorio o fuera de él, la cual debe estar prevista previamente en la ley, debe ser proporcional al hecho o conducta que se juzga disciplinariamente y debe aplicarse de acuerdo con el grado

---

<sup>689</sup> LEY 734 de 2002, Art. 23



de culpabilidad del sujetos disciplinado”<sup>690</sup>.

La Ley 734 de 2002 en su Capítulo Segundo artículos 44 a 47, se encarga de regular la clasificación y límite de las sanciones.

La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública (artículo 16 Ley 734 de 2002).

15.7.3.6 La acción disciplinaria. “Consiste en la potestad legal, por medio de la cual la Administración Pública, investiga las violaciones o transgresiones de los deberes, las inhabilidades, las prohibiciones o las incompatibilidades de los funcionarios públicos, determinando tanto los responsables como las sanciones aplicables”<sup>691</sup>.

El artículo 67 de la Ley 734, establece que la acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatura; la Superintendencia de Notariado y Registro; los personeros distritales y municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la ley.

La acción disciplinaria es una acción pública ya que siempre se adelanta en aras del interés social. Igualmente tiene carácter obligatorio en la medida que el servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, si fuere competente, debe iniciar inmediatamente la acción correspondiente. Si no lo es, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad

---

<sup>690</sup> IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. La Responsabilidad Disciplinaria y la Responsabilidad Fiscal. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 1998. p. 66

<sup>691</sup> AYALA CALDAS, Op.Cit., p. 97

competente, adjuntando las pruebas que tenga (artículo 70 Ley 734 de 2002).

Este tipo de acción, es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta, y en este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la diferencia que puede llegar a existir entre la acción penal y la acción disciplinaria.

“Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros”<sup>692</sup>.

15.7.3.7 Aplicación de la responsabilidad disciplinaria en las sociedades de economía mixta. Una vez establecido el marco general de lo que es la responsabilidad disciplinaria, puede entrarse a analizar su aplicación en las sociedades de economía mixta.

Para poder determinar si el Código Disciplinario es aplicable a los trabajadores de las sociedades de economía mixta, debe establecerse cuál es su calidad, es decir, si se trata de servidores públicos, de trabajadores oficiales o de trabajadores regidos por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

---

<sup>692</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 427 de 1994.

El artículo 97 de la Ley 489 de 1998, establece que las sociedades de economía mixta se rigen por las normas de derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. En materia laboral, no existe ningún tipo de excepción en cuanto a los trabajadores de este tipo de sociedades, y en esta medida, es claro que su régimen es el del derecho laboral del Código del Trabajo.

“Es entonces la norma general que las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas jurídicas propias de los entes privados, inclusive en lo que atañe al estatuto laboral de sus servidores, y que solo por excepción, cuando el aporte oficial es o excede del 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos relativos a las empresas industriales y comerciales del Estado y las personas que le sirven son generalmente trabajadores oficiales y en ocasiones que deben estar expresamente determinadas, empleados públicos” (Casación, G. J. Número 2393, Radicación número 5508, Magistrado ponente Doctor Juan Hernández Sáenz). Esta posición jurisprudencial, es la que se ha sostenido a través del tiempo, y es la que se aplica actualmente.

A continuación, se expone una lista de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la cual se reitera lo dicho anteriormente:

- a. *Septiembre 28 de 1988*: MAGISTRADO PONENTE: Rafael Baquero Herrera. Casación sentencia Tribunal Superior del Distrito Judicial: distinción entre S.E.M., Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado: los trabajadores de las S.E.M. se consideran trabajadores oficiales, cuando éstas se asimilen a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (más del 90% de capital estatal).
- b. *Junio 7 de 1989*: MAGISTRADO PONENTE: Rafael Baquero Herrera. No casa sentencia del Tribunal Superior de Bogotá: para poder sumar tiempos para efectos laborales en las Entidades Oficiales y en las S.E.M., se requiere que éstas se asimilen a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

- c. *Abril 26 de 1990*: MAGISTRADO PONENTE: Rafael Baquero Borda. Mismo tema que la sentencia anterior.
- d. *Marzo 12 de 1993*: MAGISTRADO PONENTE: Ernesto Jiménez y Rafael Baquero. Similitud de trato de las S.E.M. con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.
- e. *Julio 9 de 1993*: MAGISTRADO PONENTE: Hugo Suescun. Cuando la S.E.M. tenga menos del 90% de capital estatal, el régimen aplicable a sus trabajadores es el del Código Sustantivo del Trabajo.
- f. *Diciembre 10 de 1993*: MAGISTRADO PONENTE: Manuel Enrique Daza. En las S.E.M. los trabajadores se rigen por el derecho privado, salvo cuando se asimilan a las empresas estatales.
- g. *Marzo 5 de 1999*: MAGISTRADO PONENTE: Ramón Zuñiga. En las S.E.M no se requiere autorización gubernamental o estatutaria especial para expedir un plan de retiro individual o colectivo que les permita celebrar acuerdos conciliatorios con sus trabajadores vinculados por contrato de trabajo, porque no hay ninguna disposición que las obligue y están dotadas de autonomía administrativa para realizar con las formalidades de ley, esos advenimientos.
- h. *Abril 3 de 2000*: MAGISTRADO PONENTE: Carlos Isaac Nader. Cuando no se pueda probar que el porcentaje estatal en la S.E.M., se le aplica a los trabajadores el Código Sustantivo del Trabajo. En las S.E.M. la regla general es que sus trabajadores se rigen por el Código Laboral.

Como conclusión de lo analizado anteriormente, se observa entonces que a los trabajadores de las sociedades de economía mixta no se les aplica el Código Disciplinario y por lo tanto no son sujetos de responsabilidad disciplinaria, ya que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta ley por regla general. Pero hay una excepción a esta exclusión de dicha responsabilidad.

El artículo 99 de la Ley 489 de 1998, establece lo siguiente: “La representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una sociedad de

economía mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha sociedad. Cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos”.

De acuerdo con lo anterior, esa representación del capital estatal, sí es ejercida por un sujeto disciplinable, al cual el Estado puede exigirle una responsabilidad disciplinaria en la medida al ser agente de la Administración es servidor público. El Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, representante legal de un establecimiento público o empresa industrial y comercial del Estado, o el funcionario al que le sea delegada la función; al participar en una sociedad de economía mixta, están sujetos a una serie de deberes y obligaciones porque siguen desempeñando en su cargo la función pública, y de esta manera, sus actuaciones se regulan por el régimen disciplinario.

#### **15.7.4 Responsabilidad Patrimonial de los Agentes del Estado.**

Adicionalmente a las responsabilidades ya planteadas, el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución dispone lo siguiente: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

Este precepto implica para los agentes del Estado el pago de la suma de dinero que le haya correspondido pagar a éste si ha sido condenado a la cancelación de perjuicios causados por la actuación gravemente culposa o dolosa de los primeros.

Esto tiene dos implicaciones importantes, en primer lugar que la actuación gravemente culposa o dolosa de un agente estatal en ejercicio de sus funciones no excluye al Estado del pago de los perjuicios causados, por lo que se busca proteger el patrimonio de los que puedan verse perjudicados por la actuación; y por

otra parte, a pesar de que el Estado pueda verse obligado a responder por los daños causados no se desliga totalmente al agente de la posibilidad de indemnizar con cargo a su patrimonio el valor de los perjuicios que tuvieron que ser pagados por el Estado debido a su conducta.

En el mismo sentido se expresa el artículo 91 de la Constitución: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta”.

La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado tiene consagración legal en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, así como en la ley 678 del 2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. En ella se dispone que la acción de repetición es de carácter patrimonial y que deberá ejercerse en contra del servidor público o ex servidor que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado. (...) esa misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa una reparación patrimonial.

La posibilidad de que el Estado responda por los perjuicios causados por la conducta gravemente culposa o dolosa de uno de sus agentes en ejercicio de sus funciones, trae consigo el cuestionamiento relacionado con la posibilidad de cobrarle al particular directamente los perjuicios ocasionados. Aunque la norma constitucional no afirma que la responsabilidad del Estado y de su agente debe ser solidaria, el hecho que se diga que el Estado podrá repetir contra el agente por la totalidad del valor del perjuicio pagado por él da bases para pensar que en principio el daño puede ser cobrado en totalidad al agente estatal o al estado y en

caso que este último pague deberá repetir contra el agente que con su conducta dolosa o gravemente culposa ocasionó el daño.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 1999: “se acoge la acumulación de responsabilidades, cuando se revela falta o culpa personal del funcionario (..) y fallas del servicio”.

La conducta que ocasionó el daño tiene que tener cierta relación con la administración, pues en el caso que esté totalmente desligada de ella habrá sólo responsabilidad de quien cometió la conducta y no del Estado.

**15.7.5 Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Economía Mixta.** Las sociedades de economía mixta como modelo de gestión para la realización de fines de Estado tienen dentro de sus características la sujeción a las normas del derecho mercantil, lo que implica que sus administradores estén sujetos a la responsabilidad dispuesta en este ordenamiento.

Esta circunstancia puede ser un medio que procure el comportamiento diligente de los administradores de estas sociedades, pues al aplicárseles el derecho mercantil se encuentran sometidos a un estricto régimen de responsabilidad, lo cual puede traducirse en el funcionamiento eficiente del modelo propuesto en una sociedad de economía mixta.

Por lo anterior se explicaran las reglas del derecho comercial que regulan la responsabilidad de los administradores sociales.

**15.7.5.1 La Administración y el Tipo Social.** El primer aspecto que debe considerarse es la relación que existe entre el tipo social que pueda adoptar la sociedad de economía mixta y la administración de la sociedad, para luego tratar la responsabilidad de quienes la detentan.

Se destacan las siguientes maneras de administrar la sociedad: “a) Administración ejercida por todos los socios, prevista en la ley para las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada, con la posibilidad de delegarla en otras personas, que pueden ser socios o extraños; b) Administración a cargo de sólo una categoría de socios, que es el caso de la sociedad en comandita, en la cual corresponde a los socios colectivos o gestores esta función, que podrán ejercer directamente o por sus delegados, y c) Administración por intermedio de gestores temporales y revocables, elegidos directa o indirectamente por los socios; esta tercera forma, que es propia de la sociedad anónima, también es adoptada en la práctica por los otros tipos de sociedad, cuando los socios que por ley tienen el derecho de administrar delegan esta función”<sup>693</sup>.

Las distintas formas de administración social establecidas para los diferentes tipos sociales, trae consigo la discusión relativa a la forma social que pueden adoptar las sociedades de economía mixta, hipótesis solucionada en el Capítulo de Tipo Social, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto. Teniendo en consideración que la mayoría de las sociedades de economía mixta son sociedades anónimas, se estudiará la responsabilidad de los administradores desde este tipo social.

15.7.5.2 Responsabilidad Patrimonial de los Administradores Sociales en el Régimen Jurídico Anterior a la Ley 222 de 1995. Antes de la Ley 222, el artículo 200 del Código de Comercio consagraba el principio general de la responsabilidad civil de los administradores en el cual se disponía que estos respondían “por todo perjuicio causado a la sociedad, a los asociados o a terceros proveniente de culpa o dolo”; igualmente carecían de todo efecto las estipulaciones tendientes a absolver de responsabilidad a los administradores o a limitarla al valor de las cauciones que prestaron para ejercer sus cargos, en armonía con el artículo 1522

---

<sup>693</sup> PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales, vol. I, Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1982, p. 202 y ss.



del código Civil según el cual no se permite la condonación del dolo futuro. La legitimación para el ejercicio de la acción correspondiente para obtener la indemnización de perjuicios estaba radicada unas veces en la sociedad, otras en los asociados y eventualmente en los terceros, según quien fuera perjudicado por la actuación de los administradores.

Este artículo no consagró expresamente la responsabilidad solidaria de los administradores, sin embargo por el principio general del artículo 825 del Código de Comercio que consagra que en los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente, se entendía que la responsabilidad derivada de las actuaciones de los administradores era solidaria.

Además de la consagración de este principio general de responsabilidad, existen disposiciones del Código de Comercio, que consagran obligaciones en cabeza de los administradores y cuyo incumplimiento los hace responsables en los términos planteados en cada uno de esos artículos. Éstas actualmente se encuentran vigentes, por lo cual, serán expuestas cuando se desarrolle el tema del régimen actual de responsabilidad.

15.7.5.3 Antecedentes de la Ley 222 de 1995. La propuesta de reforma al régimen de sociedades consagrada en el Código de Comercio de 1971, fue presentada ante la Cámara de representantes en Noviembre de 1993 en el Proyecto de Ley 119 de ese mismo año por el Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Desarrollo Económico, de Justicia y del Derecho y de Hacienda y Crédito Público. Este comprendía tres grandes temas: el régimen de sociedades, la revisoría fiscal, y la reglamentación de los procesos concursales.

El objeto de esta reforma fue acoplar la regulación legal de estos temas a las circunstancias económicas del momento en el país, con el fin de lograr su adecuado desenvolvimiento económico.

*“Las materias objeto de esta reforma se encuentran reguladas en el código de Comercio expedido en 1971 y reformado por el Decreto 350 de 1989, de tal manera que en general se trata de una legislación que ha estado vigente durante 23 años.*

*Veamos ahora las circunstancias económicas del país en 1971 y las actuales. En 1971 encontramos que el país, como todos los países latinoamericanos habían adoptado el modelo de desarrollo planteado por la Cepal, el cual propendía por un esquema económico cerrado, basado en el desarrollo hacia adentro y en la sustitución de importaciones, de tal manera que las prioridades de producción y comercio eran puramente nacionales. Dentro de este contexto se planteaba igualmente una fuerte intervención del Estado en la actividad económica.*

*Sin embargo estas circunstancias han variado considerablemente, en la medida en que el país se encuentra en un proceso de apertura e internacionalización de la economía el cual plantea nuevos requerimientos en cuanto el manejo de las relaciones económicas, las cuales desbordan el plano nacional para extenderse al campo internacional.*

*Consideramos que la legislación de 1971 no satisface plenamente las necesidades que presenta este nuevo modelo económico, puesto que en el se refleja un sistema donde la intervención del Estado en la actividad de los particulares, no se compadece con los principios liberales que caracterizan nuestra economía hoy en día. Así mismo, la apertura y la consiguiente inversión extranjera en el país exige, de una parte que la legislación establezca mecanismos de asociación entre empresarios que les permita asumir en forma eficiente la competencia internacional e igualmente requiere de una normatividad que contemple los supuestos y tendencias que rigen en el comercio internacional.*

*En este orden de ideas encontramos que la reforma se justifica en la medida en que modernice y adopte nuestra legislación societaria y concursal a las necesidades actuales de la economía mundial”<sup>694</sup>.*

Se destacó en la exposición de motivos que cada una de las reformas tendría fundamento en los principios de la buena fe, la autonomía de la voluntad, la desintervención del Estado, el fortalecimiento de la revisoría fiscal, la unificación del régimen de sociedades civiles y comerciales, la asignación de funciones jurisdiccionales al ejecutivo y la adaptación de la legislación a las circunstancias

---

<sup>694</sup> GACETA DEL CONGRESO. Año III, No. 85. Miércoles 22 de Junio de 1994.

económicas vigentes.

Posteriormente, la Plenaria de la Cámara de Representantes luego del análisis del Proyecto compartió la idea de que las normas debían ajustarse a las nuevas situaciones económicas de Colombia. Sin embargo, se consideró que alrededor de 200 artículos del Proyecto, se encontraban ya incorporados en el Código vigente como por ejemplo el Capítulo dedicado a las Sociedades Colectiva y a la en comandita, por lo cual, no se justificaba establecer toda una nueva regulación. “Si se revisa el contenido del Libro II del Código de Comercio que regula lo referente a las sociedades comerciales y el cual se pretende derogar en su totalidad en el Proyecto en estudio, puede concluirse que en su mayor parte ese es un estatuto armónico y coherente sobre la materia que mantiene su capacidad para resolver con suficientes herramientas los asuntos propios de la actividad societaria. No puede decirse aún que los preceptos allí contemplados hubieren quedado a la zaga de los tiempos actuales, sino que mantienen plenamente su vigencia”<sup>695</sup>.

Por lo anterior, se excluyeron del Proyecto de Ley la reforma de los siguientes temas: el contrato de sociedad, la sociedad colectiva, la sociedad en comandita, la sociedad de responsabilidad limitada, la revisoría fiscal y contratos de colaboración empresarial. Y se decidió mantener lo relativo a la escisión, derecho de receso, asamblea o junta de socios, administradores, matrices y subordinadas, estados financieros, sociedades anónimas, empresas unipersonales, inspección, vigilancia y control, y procesos concursales.

Respecto a los administradores, consideró la Plenaria que existía la necesidad de abandonar los modelos tradicionales respecto de la responsabilidad referidos al buen padre de familia, para acoger como nuevo patrón el de correcto y leal empresario lo que justificaba proponer un acápite sobre administradores. Además, una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios, hacían indispensables detallar y precisar las funciones de los

---

<sup>695</sup> GACETA DEL CONGRESO. Año IV, No. 61. Martes 25 de Abril de 1995.

administradores así como las acciones de responsabilidad, en la medida en que tales funcionarios detentan inmensos poderes y adoptan decisiones de grandes implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto Código de Conducta.

La ponencia del Senado mantuvo la opinión de la Cámara al establecer que no se justificaba la expedición de un nuevo estatuto para reformar las materias del Libro II del Código de Comercio, “el Código de Comercio vigente, particularmente en lo que se refiere al régimen societario constituye un estatuto armónico, coherente y moderno que ha permitido el funcionamiento y desarrollo de la sociedad mercantil colombiana y ha servido de eje para la formación de un trascendental acervo jurisprudencial y doctrinario que también ha contribuido a ese logro y que por ello, no resulta oportuno desvertebrar con la expedición de un nuevo estatuto”<sup>696</sup>.

Finalmente, el 20 de Diciembre de 1995 se publica el texto definitivo de la Ley 222 en el Diario Oficial No. 42156 del mismo año, la cual reguló los temas de escisión, derecho de retiro, órganos sociales (asamblea o junta de socios y administradores), matrices y subordinadas, estados financieros, la sociedad anónima, la empresa unipersonal, lo referente a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades y los procesos concursales.

15.7.5.4 Régimen Actual de Responsabilidad Patrimonial de los Administradores. Las reglas generales que rigen la responsabilidad de los administradores sociales se encuentran establecidas en el artículo 24 de la ley 222 que modificó el artículo 200 del Código de Comercio. Su estudio debe hacerse bajo los parámetros generales de la responsabilidad civil unido con las con las disposiciones especiales que establece esta ley respecto de este tema, “la cual señala de forma expresa los deberes de actuación y responsabilidades específicas frente a la sociedad, socios y terceros, de forma tal que los administradores quedan sujetos a unos parámetros

---

<sup>696</sup> GACETA DEL CONGRESO. Año IV, No. 143. Lunes 12 de Junio de 1995.

legales estrictos”<sup>697</sup>.

15.7.5.5 Regulación de la Ley 222 de 1995. La responsabilidad de los administradores regulada por la Ley 222 está correlativamente relacionada con los deberes generales y específicos de conducta establecidos en ella y con las obligaciones vigentes establecidas en el Código de Comercio<sup>698</sup>; tema que fue desarrollado en el capítulo pertinente, razón por la cual en este apartado solo se tratará lo relacionado con los demás aspectos de la responsabilidad.

**a) La solidaridad.** Los administradores responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios ocasionados, de manera que la indemnización puede reclamarse, en su totalidad, a cualquiera de ellos. La solidaridad puede verse desde dos puntos de vista, el primero, hace referencia a que solo se responde por actos ocurridos en la esfera de las competencias propias, así por ejemplo los miembros de la Junta Directiva no responden por las actuaciones del gerente pues les es imposible controlarlos total y permanentemente; por otra parte, se considera que la solidaridad es una presunción legal en que todos los administradores son responsables y que puede ser desvirtuada en la misma forma en que puede hacerse en el caso de la presunción legal establecida para todos los negocios mercantiles (artículo 825 Código de Comercio), es decir, acreditando que se actuó de acuerdo a las prescripciones legales.

Es importante resaltar que el tema de la solidaridad sigue lo dispuesto en el artículo 1668 numeral 3 del Código Civil, del cual se deduce que si uno de los obligados solidariamente paga, tiene derecho a subrogarse contra los demás responsables por el monto de lo que le corresponda pagar a cada uno.

---

<sup>697</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Informe del congreso de la república. Impacto de la ley 222 de 1995. Administradores. Bogotá 1998. p. 142-143

<sup>698</sup> En esta misma obra véase numeral 14.5.

**b) Presunción de Culpa.** Por regla general, la culpa debe probarse por quien la alega, sin embargo, el artículo 24 incisos 3 y 4 de la Ley 222 de 1995, presume la culpa del administrador. Los casos de presunción de culpa se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) Incumplimiento o extralimitación de funciones;

b) Violación de la ley o los estatutos, y

c) Cuando se hayan propuesto o ejecutado decisiones sobre distribución de utilidades en contravención al artículo 151 del Código de Comercio. Caso en el cual el administrador responde por las sumas dejadas de repartir, o bien por las cantidades distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

La consagración de la presunción de la culpa no significa que el administrador no pueda exonerarse demostrando que actuó con la diligencia y cuidado exigidas por ley, tal y como se exoneraría si se tratara de un caso en el que debe alegarse la culpa por quien la alega.

Tal como se dijo anteriormente el administrador generalmente tiene una obligación de medios, es decir, que este debe hacer todo lo necesario para que la empresa tenga un desarrollo exitoso, por lo que la prueba de la diligencia y cuidado lo exoneran de responsabilidad. A pesar de que la gestión del administrador sea una obligación de medios, ésta en algunos casos se realiza a través de unos deberes de conducta concretos por lo que algunas de las obligaciones exigidas son de resultado, así por ejemplo al administrador no se le exige tratar de evitar conflictos de interés con la sociedad, sino que debe no crear conflictos de interés; en estos casos, para la exoneración de la responsabilidad no bastaría probar la diligencia y cuidado, sino que tendría que demostrarse la existencia de una causa extraña.

**c) Exoneración de Responsabilidad.** El inciso 2º del artículo 24 de la Ley 222 de 1995 establece que existirá exoneración de responsabilidad para los

administradores cuando cumplan con los supuestos de hecho allí establecidos: cuando no se haya tenido conocimiento de la acción u omisión que genera la responsabilidad o se haya votado en contra de ella, siempre y cuando no se ejecute.

Para el caso de la exoneración de responsabilidad cuando se vota en contra de la decisión causante del daño, es pertinente seguir algunas directrices dadas por la Superintendencia de Sociedades: debe quedar constancia documentada de la disidencia, de modo que la ley “está estimulando a los miembros de las juntas directivas y a todos los administradores en general a que asuman y expresen individualmente su criterio sobre los asuntos en los que deben participar, dejando en las actas o en los documentos relacionados con su gestión la evidencia sobre sus opiniones y sobre el sentido y razón de su voto o decisión”<sup>699</sup>.

El inciso segundo del artículo 45 de la Ley 222 de 1995 establece que la aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales, por lo que esa aprobación no se constituye en medio de defensa del administrador, sea frente a la sociedad o frente a los socios y terceros.

15.7.5.6 Presupuestos generales de Responsabilidad Civil. Tal como se afirmó cada una de las disposiciones de la Ley 222 referentes a la responsabilidad de los administradores debe analizarse dentro del marco general de la responsabilidad civil, por ello se desarrollan los presupuestos básicos de esta responsabilidad.

**a. El hecho imputable al administrador** .La conducta cometida por el administrador debe serle atribuible, es decir, que su acción u omisión conduzca al incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas o pactadas estatutariamente o de los deberes que le corresponde observar de acuerdo con las

---

<sup>699</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa No. 09 de 1997

particularidades que estableció la Ley 222 para la responsabilidad de los administradores. Se debe esclarecer que un hecho también es atribuible al administrador cuando se incumplen las obligaciones y deberes mencionados por parte de personas que desarrollan funciones administrativas bajo sus órdenes directas.

Los supuestos de exoneración establecidos por la Ley 222, están ligados con este presupuesto de la responsabilidad en la medida en que a aquel que no conoce de la acción u omisión que provoca el daño o a votado en contra de ella, siempre que no la ejecute, no le es imputable la conducta que viola los deberes o las obligaciones legal o estatutariamente pactadas.

**b. La culpa.** Para que exista responsabilidad del administrador, su conducta debe ser dolosa o culposa; esta última se determina de acuerdo con el modelo abstracto del buen hombre de negocios establecido por la Ley 222. Igualmente es importante destacar en esta materia, que existen las presunciones de culpa anteriormente mencionadas que pueden desvirtuarse probando la diligencia y cuidado exigidas, siempre que la obligación se considere de medios porque si como se dijo, es de resultado, sólo se exonera el administrador probando causa extraña.

**c. El daño.** “El daño es la disminución de beneficios que sufre la sociedad, los socios o los terceros, como consecuencia de la conducta del administrador. El daño debe ser cierto y recaer sobre un derecho protegido jurídicamente. Al demandante le corresponde probar la existencia y cuantía de los perjuicios”<sup>700</sup>.

El daño debe ser cierto y corresponder a una pérdida anormal, no debe tratarse de un riesgo que normalmente asumiría la sociedad en desarrollo de su objeto.

Para la reparación del daño, es procedente la indemnización de los perjuicios

---

<sup>700</sup> BERMUDEZ, Hernando. Responsabilidad de los administradores. Bogotá: Editorial Legis, 2001 - 2002



sufridos, por lo que se debe distinguir entre perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales. La indemnización de los primeros, corresponde al daño emergente, es decir, lo que salió del patrimonio de aquel que sufrió el daño; y al lucro cesante, que se refiere a lo que se deja de recibir por causa de la conducta del autor del daño. La indemnización de perjuicios extra patrimoniales persigue la reparación de daños causado a bienes como la integridad personal, la vida, la honra, la dignidad, la buena imagen y el nombre. La Corte Suprema ha dicho que “cuando se afecta el buen nombre o reputación de una persona jurídica, sus consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible si amenazan concretamente su existencia, o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento, o la ponen en franca inferioridad frente a otras de igual género o especie”<sup>701</sup>. En cuanto a los socios o terceros, al menos teóricamente puede considerarse que sería posible cualquier tipo de perjuicio extra patrimonial.

**d. La relación de causalidad.** Debe existir nexo causal entre una conducta del administrador apta para producir un resultado perjudicial y el daño causado, es decir, el daño debe ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que este tiene a su cargo y le corresponde al demandante probar este presupuesto.

La relación de causalidad puede interrumpirse por causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo del perjudicado).

15.7.5.7 Quienes son administradores. Las reglas expuestas regulan la responsabilidad de los administradores en general, sin distinguir entre las personas que dentro del régimen societario pueden ostentar tal calidad. Debido a que las funciones específicas que cada uno cumple se diferencian entre sí, su relación con los parámetros de responsabilidad es distinta; por ello se hará una referencia a

---

<sup>701</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 29 de 2000. Radicación 16.441.

quienes se consideran administradores en el derecho mercantil<sup>702</sup> con relación a la responsabilidad que asumen dada las características del cargo que desempeñen, todo lo cual será aplicable a los administradores de las sociedades de economía mixta, pues en principio éstas normas son las que deben regir su funcionamiento.

Son administradores aquellos que la ley 222 de 1995 en su artículo 22 dispuso como tales; esta nueva legislación no definió que se entiende por administradores sino que dispuso quienes ostenta esta calidad:

**a. El representante legal.** Al representante legal le corresponden las funciones de administrar y representar a la sociedad de acuerdo con los estatutos y la ley. En la escritura social se debe indicar el nombre y domicilio de la persona o personas que representarán a la sociedad (Código de Comercio, artículo 110, numeral 12).

Si el nombramiento corresponde a la junta directiva, esta compromete su responsabilidad, cuando nombra como representante legal a personas que carecen de los conocimientos requeridos para desempeñar este cargo. Esta responsabilidad se basa en el postulado de que por su negligente elección, aquel que fue elegido representante legal causó un daño.

Por otra parte, frente a los terceros la calidad de representante legal se adquiere con el registro en la cámara de comercio de la copia de la respectiva acta donde consta el nombramiento; por consiguiente es desde este momento en que se adquieren las responsabilidades correspondientes. Frente a la sociedad puede ocurrir que el representante nombrado esté desempeñando funciones desde un tiempo anterior al registro mercantil, en cuyo caso será responsable frente a la sociedad desde el instante en que asuma de hecho el cargo<sup>703</sup>.

---

<sup>702</sup> En esta misma obra véase Capítulo XIV.

<sup>703</sup> BERMUDEZ, Hernando. Responsabilidad de los administradores. Bogotá: Editorial Legis, 2001 - 2002

Al momento de la vinculación debe definirse si se toma un seguro de responsabilidad por los daños que eventualmente llegue a ocasionar el representante en el desarrollo de su gestión. Se advierte que la responsabilidad del representante legal no puede limitarse al importe de las cauciones prestadas.

La calidad de representante legal, con todas las responsabilidades consiguientes, se conserva mientras la persona aparezca inscrita en el registro mercantil. Sólo con la cancelación de la inscripción mediante un nuevo nombramiento o mediante la revocación del anterior se pierde tal calidad. Puede que transcurra un tiempo entre la cesación de funciones por parte del representante y la cancelación del registro; si en este tiempo desempeña funciones administrativas de hecho otra persona Parece lógico concluir que el representante inscrito no deba responder como tal. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de diciembre 18 de 1991, dijo: “De modo que si laboralmente una persona ha dejado de ejercer las funciones de representante legal o de revisor fiscal de una sociedad, así figure inscrito en el registro mercantil en uno de esos cargos, no puede responder por y ante esa sociedad por las actuaciones desarrolladas con posterioridad a su desvinculación, pues en ese caso no tienen ninguna fuerza vinculante con la misma ni acatamiento interno que les permita desarrollar gestión alguna. Y si producida la desvinculación laboral de la persona que actuaba como representante legal o revisor fiscal de una sociedad aquella pierde la posibilidad de ejercer las funciones que le correspondían, lógicamente no se le puede señalar responsabilidad administrativa, disciplinaria o penal por las actuaciones desarrolladas con posterioridad a su retiro de la sociedad en la cual actuaba con uno de esos cargos”.

El representante legal debe responder por los daños ocasionados a la sociedad o terceros por actos celebrados fuera del objeto social o por los realizados dentro del objeto social pero con extralimitación de funciones.

Si existe delegación por parte del representante legal, este no elude responsabilidades, ya que deberá responder por los hechos de sus delegados, los cuales están bajo su dirección. Pero podrá exonerarse de responsabilidad por conductas atribuibles a sus dependientes si se dan las circunstancias del inciso final del artículo 2347 del Código Civil, es decir, si puede probar que empleó la diligencia y cuidado propias del buen hombre de negocios pero a pesar de ello, no pudo evitar el daño.

Otro reconocimiento importante de la ley 222 respecto del tema del representante legal, se encuentra en los criterios utilizados para manejar la responsabilidad de los administradores cuando estos son personas jurídicas. El artículo 24 de esta ley en su inciso 5 dispone que cuando se incurra en una causal de responsabilidad la indemnización de perjuicios podrá reclamarse a la persona jurídica y a quien actúe como su representante legal. La Superintendencia de Sociedades ha opinado que “cuando la representación legal corresponda a una persona jurídica, su responsabilidad patrimonial estará limitada conforme al tipo societario bajo el cual se halla constituida dicha persona. No así en el ámbito penal, ya que las consecuencias que de una determinada gestión se puedan derivar, necesariamente han de recaer en la persona natural que efectivamente desempeñe la mencionada representación” (Oficio 220-25081 de 1992).

Por último es pertinente anotar que la responsabilidad del representante legal por los actos cometidos durante su gestión no cesa luego del retiro del cargo, ya que este debe asumir las consecuencias de su administración.

**b. La Junta Directiva.** La junta directiva es un órgano colegiado cuya existencia es obligatoria para la sociedad anónima, pudiéndose pactar su creación en los otros tipos sociales, al cual le corresponde la administración de la sociedad. Se encuentra subordinada a la asamblea o juntas de socios, su actuación es colegiada y no tienen capacidad de representación.

Los miembros de la junta directiva son escogidos por la asamblea de accionistas o en el caso que se pacten otros tipos sociales, por la junta de socios. Como miembro puede ser designado una persona jurídica que contemple dentro de su objeto social la posibilidad de ejercer la administración de otras sociedades. En este caso la administración estará a cargo del representante legal; si con la administración de la persona jurídica se causa algún perjuicio, será responsable la sociedad y su representante legal.

La calidad de miembro de junta directiva se adquiere con la aceptación del cargo, y por lo tanto las responsabilidades del cargo. La formalidad de la inscripción de la elección en la Cámara de comercio, no tiene otra finalidad que la de publicidad. El miembro de la junta directiva puede ser separado de su cargo o renunciar a él en cualquier tiempo, por lo que se libera de responsabilidad desde el momento en que la renuncia es aceptada o se le separa del cargo. La cancelación de su nombramiento en el registro mercantil, aunque debe hacerse, no tiene trascendencia para efectos de la responsabilidad, pues los miembros de la junta directiva no les corresponde ejercer la representación de la sociedad, es decir, no actúan frente a terceros en nombre de la compañía.

Ninguno de sus miembros puede pertenecer, en forma simultánea, a juntas directivas de más de cinco sociedades por acciones. La infracción a esta disposición será sancionada por la Superintendencia de Sociedades con multas y la declaratoria de vacancia en los cargos que superen el límite de cinco (Código de Comercio, artículo 202). Esta prohibición se extiende a las matrices y

subordinadas, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 202, de lo que se ha interpretado que esta disposición se aplica sin consideración a que esas sociedades sean o no por acciones<sup>704</sup>.

Tal restricción no debe ser aplicable a las sociedades de economía mixta en la medida que como entidades que hacen parte de la administración pública y son modelo para la realización de fines estatales, no podría limitarse la participación del Ministro en las juntas directivas de más de cinco sociedades de economía mixta que se encuentren vinculadas a su despacho.

La junta directiva como se afirma es un órgano colegiado, por lo que sus decisiones resultan de la deliberación y votación de sus miembros de acuerdo con la ley, por lo que la ausencia injustificada o la imposibilidad de sesionar por falta de quórum hace responsables a los miembros ausentes por los perjuicios que de ese hecho se deriven para la sociedad, así como también existirá responsabilidad por la actuación individual de cada uno de sus miembros, responsabilidad que será compartida con los demás administradores que permitieron tal abuso.

Respecto de la actuación de la junta directiva resulta importante la impugnación de las decisiones de esta, en la medida en que sólo existe exoneración de responsabilidad de los ausentes o que votaron en contra, cuando no ejecutaron la decisión, si esta se declara nula se deben tomar todas las medidas para que se cumpla la sentencia, bajo responsabilidad por los perjuicios que ocasione su negligencia, y los administradores que ejecutaron la decisión anulada responden solidariamente por los perjuicios que se deriven para la sociedad, pudiendo repetir contra los miembros de junta directiva que aprobaron la decisión.

**c. El Factor.** Los factores son las personas que como mandatarios administran un

---

<sup>704</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio y NARVÁEZ BONNET, Olga Stella. Régimen Legal de las Sociedades. Libro de hojas sustituibles. Legis Editores, noviembre de 2000, § 0473.

establecimiento de comercio o una parte o ramo de la actividad del mismo. El factor puede ser una persona natural o una jurídica ( artículo 1332 del Código Comercio).

Estos deben cumplir con todas las obligaciones generales que les corresponden a los administradores sociales y las especiales que se pacten en el respectivo contrato, debiendo indemnizar a la sociedad, a los socios y a terceros por los perjuicios que causen, al incumplir alguna de esas obligaciones.

El factor en la medida que es mandatario asumirá las responsabilidades que le corresponden como administrador, estas se mantendrán hasta que su vinculación termine, lo cual puede suceder por las mismas causas por las que se termina el contrato de mandato (artículo 2189 del Código Civil) y por la insolvencia o apertura de liquidación obligatoria de la sociedad mandante.

**d. El liquidador de la sociedad.** El liquidador más que administrador, tiene el carácter de representante legal de la sociedad durante la etapa de su liquidación. De acuerdo con lo establecido por la Superintendencia de Sociedades en oficio DAL-32.528 del 17 de Diciembre de 1985 “el liquidador es el representante legal de la sociedad disuelta y el administrador especial de su patrimonio”; a este le corresponde dirigir y adelantar todo el proceso comprendido entre la disolución y la extinción de la sociedad.

De acuerdo al artículo 228 del Código de Comercio, la liquidación del patrimonio social se hará por un liquidador especial, nombrado conforme a los estatutos o a la ley; este nombramiento está sujeto a inscripción en el registro mercantil. Mientras dicha designación no se realice y se inscriba, actuará como liquidador el representante legal que figure en el registro mercantil (artículo 227 del Código Comercio).

Cuando se nombre como liquidador a una persona que se venía desempeñando como administrador de la sociedad, ésta no podrá ejercer el cargo sin que previamente la asamblea o la junta de socios apruebe las cuentas de su gestión, lo cual debe ocurrir en un plazo de treinta días, pues de lo contrario se procederá a efectuar nuevo nombramiento (Código de Comercio, artículo 230). Es posible nombrar a una persona jurídica como liquidadora, siempre que ésta se encuentre habilitada por su objeto social para cumplir dicha tarea; el cargo lo desempeñará, en concreto, el representante legal de la sociedad liquidadora.

Agotados los medios previstos en la ley o en el contrato para hacer la designación del liquidador y ésta no se haga, cualquiera de los asociados podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades que se nombre por ella el respectivo liquidador. Esta función de acuerdo a la Ley 222 de 1995, se cumple únicamente respecto de las sociedades vigiladas.

Las funciones del liquidador se encuentran consagradas en el artículo 238 del Código de Comercio. Entre ellas se destaca la referente a continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución, ya que de acuerdo a la capacidad jurídica establecida para la sociedad durante la liquidación, ésta no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y solamente podrá realizar los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la ley, hará responsables frente a la sociedad, los socios y terceros, al liquidador y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto; así mismo, el nombre de la sociedad disuelta deberá adicionarse siempre con la expresión “en liquidación”, so pena de que los encargados de realizarla respondan por los daños y perjuicios que se deriven por dicha omisión.

Las otras funciones que desarrolla, se refieren al adelantamiento de todo el proceso liquidatorio, el cual debe adelantarse de acuerdo con las disposiciones legales y estatutarias existentes, ya que el artículo 255 del Código de Comercio



establece que los liquidadores serán responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes.

Al igual que para todos los administradores, respecto del liquidador existen acciones que permiten a los perjudicados reclamar los daños sufridos. En primer lugar, opera la *acción social de responsabilidad* consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995; esta se encuentra en cabeza de la sociedad que aún no se ha extinguido, con el fin de que los liquidadores respondan por los perjuicios que ocasionen por dolo o culpa a la sociedad.

En segundo lugar, se encuentran las *acciones individuales de los socios* contra los liquidadores. Estas buscan resarcir a los socios que por actuaciones del liquidador han resultado perjudicados, tal como lo establece la regla general del artículo 255 C. Co. anteriormente mencionada; los bienes inventariados determinarán los límites de la responsabilidad de los liquidadores y las acciones de los socios prescribirán en cinco años a partir de la fecha de la aprobación de la cuenta final de liquidación.

En tercer lugar, la *acción de los terceros contra los liquidadores*: Al igual que en el caso anterior, la responsabilidad del liquidador está limitada por la capacidad de pago que se derive de los bienes inventariados y las acciones prescriben en cinco años contados desde la fecha de aprobación de la cuenta final de liquidación. Pero el artículo 258 del Código de Comercio establece que los terceros no podrán impugnar la liquidación si ésta se ajusta al inventario aprobado por el Superintendente de Sociedades y a las reglas señaladas en los artículos 225 a 259 del Código de Comercio. Si se trata de clasificar las anteriores acciones, la acción social de responsabilidad es una acción contractual, mientras que las de los asociados y los terceros son extra contractuales. En cuanto al trámite, parece que a todas se les aplica el artículo 233 de la Ley 222 de 1995, el cual remite al

proceso verbal sumario.

Por último, se debe establecer la responsabilidad del liquidador en la liquidación obligatoria, ya que lo visto anteriormente, corresponde a los casos en que voluntariamente los socios toman la decisión de liquidar la empresa y se da una liquidación privada.

La liquidación obligatoria es definida como “un proceso netamente concursal, adelantado bajo la jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades, aplicable a las compañías comerciales cuyas dificultades económicas exijan como principal solución la venta de todos sus bienes, con el objeto de atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, de acuerdo con el orden de prelación establecido en la ley”<sup>705</sup>.

El liquidador – que actúa como administrador y representante legal -, es escogido por la Superintendencia de Sociedades de las listas que ha elaborado con personas idóneas para ejercer el cargo. Podrán ser designados como liquidadores las sociedades fiduciarias, las sociedades y personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto sea la asesoría en la recuperación y liquidación de empresas (requisitos establecidos en el artículo 163 de la Ley 222 de 1995).

El liquidador deberá prestar caución para responder de su gestión y de los perjuicios que con ella irrogare, en el término, cuantía y forma fijados por la Superintendencia de Sociedades al hacer la designación. Lo anterior, está en directa relación con las funciones que debe cumplir y las cuales se encuentran establecidas en el artículo 166 de la Ley 222 de 1995.

El liquidador responderá al deudor, a los asociados, acreedores y terceros, y si

---

<sup>705</sup> CANTILLO VASQUEZ, Ignacio y otros. Procesos de disolución y liquidación de sociedades comerciales. Editorial Legis, 1999.

fuere del caso a la entidad deudora, por el patrimonio que recibe para liquidar, razón por la cual, para todos los efectos legales, los bienes inventariados y el avalúo de los mismos realizado conforme a las normas previstas, determinarán los límites de su responsabilidad. De la misma manera, responderá de los perjuicios que por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes cause a las mencionadas personas. Las acciones contra el deudor caducarán en un término de cinco años, contado a partir de la cesación de sus funciones y se promoverán ante la justicia ordinaria de conformidad con las disposiciones legales vigentes (artículo 167 Ley 222 de 1995).

**e. Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.**

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece: “Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”. La expresión final, destacada en bastardilla, ha sido objeto de distintas interpretaciones, unas restringidas y otras con mayor alcance.

La Superintendencia en Circular Externa No. 9 de 1997, estableció que “es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas”. Incluye como administradores a quienes actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, “quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan”.

De acuerdo al artículo 263 del Código de Comercio, son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Cuando en los estatutos no se determinen sus facultades, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal; el administrador de una sucursal tiene la calidad de factor.

Respecto de las agencias, el artículo 264 del Código de Comercio establece que son tales, los establecimientos de comercio de una sociedad cuyos administradores carezcan de poder para representarla.

“La responsabilidad de los administradores de sucursales y agencias debe ser valorada teniendo en cuenta el ámbito propio de sus funciones y las limitaciones de sus facultades, pues lo cierto es que a cargo de ellos no se encuentra la gestión de toda la sociedad sino de una parte de ella, conformada por el respectivo establecimiento de comercio que administran”<sup>706</sup>.

#### 15.7.5.8 Acciones de responsabilidad

##### **a) Acción social de responsabilidad (artículo 25 de la ley 222 de 1995)**

###### - Concepto y características

La acción social de responsabilidad es de carácter indemnizatoria que busca la reparación de los daños sufridos por la sociedad como consecuencia de la actuación de los administradores. Su finalidad es la reintegración del patrimonio social, de modo que la indemnización que se fije en la sentencia siempre estará destinada restablecer el patrimonio de la sociedad, no el de los asociados o acreedores (Ley 222 de 1995, artículo 2).

El titular de la acción es la sociedad, pues es ella quien sufrió un daño, la decisión de iniciarla proviene de su máximo órgano social, y es de carácter contractual, en la medida que se dirige contra personas que están vinculadas a través de un

---

<sup>706</sup> BERMUDEZ, Hernando. Responsabilidad de los administradores. Bogotá: Editorial Legis, 2001 - 2002

contrato a la sociedad.

- Proceso para la decisión de iniciar la acción por parte de la sociedad

Para iniciar la acción social de responsabilidad se requiere que la asamblea o junta de socios adopte la decisión mediante el voto de la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. La decisión de instaurar la acción, puede ser adoptada en cualquier clase de reunión de la asamblea o junta de socios, ya sea ordinaria o extraordinaria, y no es necesario que el tema conste en el orden del día.

La reunión de la asamblea o junta de socios puede ser convocada por las personas habilitadas para hacerlo, es decir el revisor fiscal, la superintendencia de sociedades, los administradores, así como por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas, partes de interés en que esta dividido en el capital. La doctrina ha considerado que si existe un socio que sea el titular del veinte por ciento del capital podrá realizar la convocatoria, pues no se exige un número plural de socios<sup>707</sup>.

La Asamblea o Junta de socios podrá deliberar con un número de socios que represente por lo menos, la mitad mas una de las acciones, cuotas o partes de interés, salvo que en los estatutos se haya pactado un quórum deliberativo inferior. La decisión se tomará por la mitad mas una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

- Decisión de iniciar la acción

La asamblea o junta de socios al decidir iniciar la acción social de responsabilidad, debe indicar el nombre de los administradores contra quienes se inicia la acción y las razones por las que se debe iniciar la acción.

---

<sup>707</sup> GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo régimen societario. Tomo II. Ediciones Librería del Profesional, 1998, p. 297.

- Efectos de la decisión

La decisión de iniciar la acción social de responsabilidad, implica que los administradores en contra de quienes se va a ejercer la acción quedan removidos del cargo, por ministerio de la ley, sin que sea necesario que en la decisión sea establecido lo dicho. Puede decidirse, interponer la acción en contra de administradores que ya terminaron su gestión.

La remoción del administrador es definitiva, ya que si no se iniciare el proceso judicial o si en éste fuere absuelto, no existe ningún tipo de acción, ni aun laboral, para obtener el reintegro al cargo.

Por otra parte cuando se decida dar inicio a la acción de responsabilidad social, el representante legal debe ejercerla para dar inicio al proceso correspondiente.

- Plazo para ejercer la acción

Si dentro de los tres meses siguientes a la decisión de la asamblea o junta de socios de ejercer la acción, el representante legal no ha actuado así, puede dar inicio a la acción cualquier administrador, el revisor fiscal, cualquiera de los socios y en determinados casos los acreedores. Resulta pertinente resaltar que este plazo, no es de caducidad.

- Acción social no instaurada por la sociedad

Si la acción no es iniciada por la sociedad a través de su representante legal, dentro de los tres meses siguientes a la decisión de la asamblea o junta de socios de actuar de esta forma, están legitimados para ejercer la correspondiente acción:

- a. Cualquier administrador
- b. El revisor fiscal.
- c. Cualquiera de los socios.

d. Los acreedores que representen el 50% del pasivo externo de la sociedad, siempre y cuando el patrimonio de ésta no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Sin perjuicio de quien instaure la acción, la indemnización busca reparar el patrimonio de la sociedad.

#### - Trámite

Las pretensiones de la acción de responsabilidad social esta sujetas al trámite del proceso verbal sumario, con excepción de los casos en los que se pacte la solución de conflicto a través de un tribunal de arbitramento mediante compromiso o cláusula compromisoria o se delegue su solución a un amigable componedor.

Aunque el trámite puede ser ventajoso, en la medida en que es breve, presenta características que pueden significar una desventaja en determinados casos, como lo es, que sea de única instancia.

#### - Prescripción

El artículo 235 de la Ley 222 de 1995 dispone que las acciones (social o individual) prescriben en cinco años; no se establece desde cuando comienza a contar ese plazo. En principio podría decirse que es desde el momento en que desvincula al administrador, es decir desde que la asamblea o la junta de socios deciden iniciar la acción; sin embargo se podría pensar que cuando un administrador renuncia o es removido por causa diferente a la decisión de iniciar acción de responsabilidad, y posteriormente aparecen daños atribuibles a las conductas culposas ocurridas durante su gestión, se podría considerar que es este momento el que marca el comienzo de la prescripción<sup>708</sup>.

---

<sup>708</sup> BERMUDEZ, Hernando. Responsabilidad de los administradores. Bogotá: Editorial Legis, 2001 - 2002

**b) Acción Individual de Responsabilidad.** La acción individual de responsabilidad es aquella que permite a los socios o terceros afectados directamente en su patrimonio por actuaciones de los administradores buscar una indemnización por los perjuicios causados.

Debe existir un daño particular y directo, no derivado del que hubiera podido sufrir el patrimonio social, por ejemplo el impedir el derecho de inspección para el caso de los socios. Para el caso de los terceros, la doctrina ha establecido dos hipótesis: “cuando el administrador realiza actuaciones por fuera del objeto social o excediendo las limitaciones estatutarias y no compromete la responsabilidad de la sociedad, o cuando la sociedad está obligada a responder pero carece de activos patrimoniales suficientes para pagar la indemnización, y se trata de casos en que la ley ha establecido la responsabilidad del administrador, ya sea como regla general según el artículo 200 del Código de Comercio o en virtud de disposición especial”<sup>709</sup>.

La acción individual busca restaurar el patrimonio personal y en ella deben encontrarse probados todos los presupuestos de la responsabilidad civil. “Esta acción requiere, en todos los casos, la comprobación de un interés jurídico directo por parte del demandante. Precisamente del perjuicio sufrido por el actor, de la violación del deber de conducta por parte del administrador y del nexo causal entre los elementos anteriores, se obtiene la necesaria legitimación para actuar”<sup>710</sup>.

Esta acción se considera de tipo extra-contractual por no estar vinculado el administrador contractualmente con el socio o el tercero, sino con la sociedad. De acuerdo con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995, esta acción se tramita por el proceso verbal sumario ya que dispone que los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite de este proceso. El término de

---

<sup>709</sup> PINZON, Gabino. Sociedades Comerciales. Bogotá: Editorial Temis, 1982. p. 224

<sup>710</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 151



prescripción para iniciarla será de 5 años (artículo 235 de la ley 222 de 1995).

**15.7.6 Análisis de la Concurrencia de Responsabilidad Patrimonial en los Administradores de las Sociedades de Economía Mixta.** Se debe considerar la posibilidad de aplicación simultánea de las normas de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución y la ley 222 de 1995 respecto de los administradores de las sociedades de economía mixta. Para ello debe analizarse cuando los sujetos pasivos de las responsabilidades consagradas en las normas mencionadas coinciden, para luego determinar como debería aplicarse en esos casos las mencionadas responsabilidades patrimoniales.

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política los agentes del Estado serán responsables por los daños que causen por culpa o dolo. En este orden son solidariamente responsables con el Estado por esos perjuicios y en caso que éste pague la totalidad de su valor podrá repetir contra el agente que actuó de manera gravemente culposa o dolosamente.

Son agentes del Estado aquellas personas de naturaleza pública o privada a las que se les han asignado funciones públicas, por lo que ostentan esta calidad en una sociedad de economía mixta quienes tienen a su cargo la representación de la participación que tiene el Estado en la sociedad.

No puede considerarse que los particulares que participan en sociedades de economía mixta ejerzan función pública, en la medida en que ella se caracteriza por el ejercicio de competencias, es decir de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos del estado o a los particulares, lo que implica que un particular puede prestar un servicio público y no ejercer función pública, por no existir el criterio de atribución legal o reglamentaria.

Así lo ha expresado el Consejo de Estado en sentencia AUC-789 del 5 de agosto

de 1995: “En efecto la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del estado y excepcionalmente por expresa delegación legal o por concesión por parte de los particulares.

Ese es el sentido y alcance que la Constitución Política le confiere al concepto de función pública en los artículos 122 y 123, al caracterizarla como el ejercicio de competencias, es decir de atribuciones legales o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del estado, señalando al propio tiempo que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas regulará su ejercicio”.

Por esta razón los particulares que participan en una sociedad de economía mixta no ejercen funciones públicas aunque mediante ellas se busquen la realización de fines del estado y pertenezcan a la administración pública.

Por otra parte, como se ha considerado a las sociedades de economía mixta modelo para la realización de los fines sociales, los representantes del gobierno generalmente mantendrán una participación en la administración de la sociedad ya que al Estado le interesa de manera especial su dirección dada la relación que existe entre éstas sociedades y las fines que a él le corresponde alcanzar.

De esta circunstancia surge el cuestionamiento relacionado con la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a los que se les aplicaría el artículo 90 constitucional y por su calidad de administradores también las disposiciones del derecho comercial con relación a éste tema.

Se trata de determinar si son regímenes de responsabilidad que se excluyen por el principio de que nadie puede responder dos veces por el mismo daño, ya que en principio la aplicabilidad de ambos ordenamientos se da por una misma conducta “culpa o dolo” de la persona que comete el daño, de tal forma que un agente del

Estado solo sería responsable por uno u otro régimen de responsabilidad consagrados en los ordenamientos mencionado, pero en ningún caso por los dos.

Desde esta perspectiva los agentes del Estado que ostenten la calidad de administradores en una sociedad de economía mixta comprometerían su responsabilidad sólo en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y no en los del derecho comercial, ya que el mencionado artículo por su carácter constitucional prevalecería sobre la disposición de la ley 489 de 1998 que se remite a la legislación mercantil como aquella que debe guiar todo el funcionamiento de las sociedades de esta naturaleza.

Esta conclusión no parece adecuada, no sólo porque suprimiría un medio para que los agentes del estado actúen diligentemente, como es el de los estrictos parámetros de responsabilidad consagrados en el derecho comercial; sino porque si bien ambos ordenamientos consagran una responsabilidad patrimonial por una actuación culposa o dolosa de quien realiza el daño, los postulados por los que uno u otro ordenamiento comprometen la responsabilidad del agente del daño son diferentes.

En el artículo 90 de la Constitución se compromete la responsabilidad patrimonial por una actuación gravemente culposa o dolosa del agente del Estado sin consideración de la función específica que está cumpliendo el agente estatal, es decir, que está dispuesto tanto para el representante del estado que es administrador en una sociedad de economía mixta, como para quien ejerza funciones de notariado y registro, por ejemplo.

La responsabilidad consagrada en el derecho comercial está referida de manera específica a los administradores de las sociedades comerciales, por lo que en ella se consideran las características especiales que implica ostentar esta calidad.

El artículo 90 constitucional es norma general para los agentes del estado, mientras que las normas de derecho comercial son específicas para la responsabilidad de los administradores sociales. Esta es la razón por la que la ley 678 del 2001 que reglamenta el ejercicio de la acción de repetición en contra de los agentes del estado al precisar los conceptos de culpa y dolo consagrados en el artículo constitucional se refiere de forma general al ejercicio de funciones públicas, expresando lo siguiente: artículo 5” la conducta del agente del estado es dolosa cuando incurra en la realización de hecho ajeno a las finalidades del estado. Artículo 6 “ la conducta del agente del estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución política o la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Por su parte la ley 222 consagra para la determinación de la culpa del administrador social el parámetro del buen hombre de negocios y a su vez unos deberes generales y específicos de conducta que en caso de incumplir comprometería su responsabilidad, así como la presunción de culpa en los casos establecidos en dicha ley, alterando para esas circunstancias el principio según el cual la culpa debe probarla quien la alega.

Desde esta perspectiva los supuestos de responsabilidad patrimonial consagrados en el artículo 90 de la Constitución Política se diferencian de los consagrados en la legislación comercial respecto de este tema, en la medida que los parámetros que harán responsables a una persona en uno u otro ordenamiento son distintos. En este orden los agentes del Estado que sean administradores, al asumir tal calidad asumen unas obligaciones que se adicionan a las que ya poseían en virtud del artículo 90, que en caso de que no sean cumplidas los hará responsables desde el punto de vista comercial.

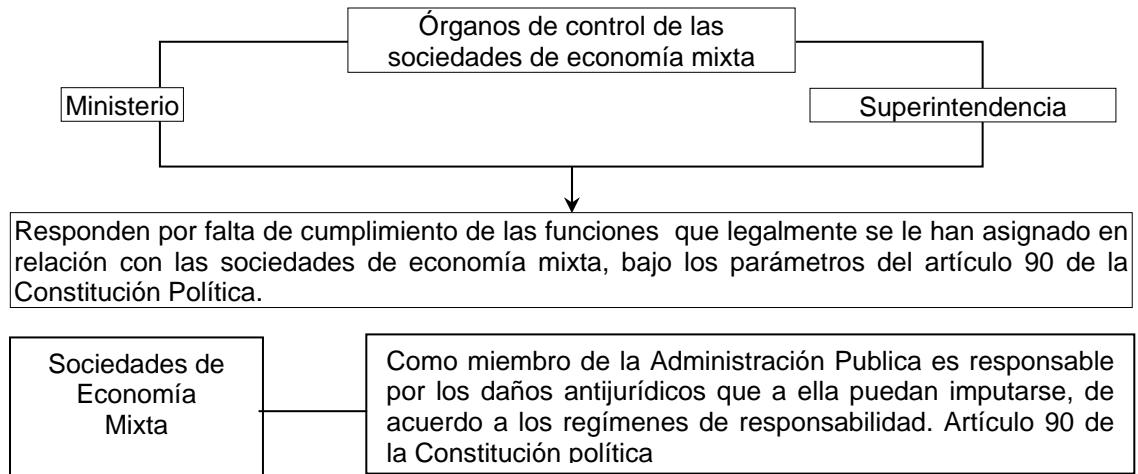
## 15.8 CONCLUSIÓN

El criterio de responsabilidad tiene un carácter fundamental en las sociedades de economía mixta, en la medida que ellas como entes planteados para el desarrollo de fines estatales no están íntegramente sometidas a parámetros de mercado. Por lo tanto, la exigencia oportuna del cumplimiento de las obligaciones de quienes la integran y las correspondientes sanciones que se derivan del incumpliendo de sus funciones son indispensables para el buen desarrollo de la entidad.

Las sociedades de economía mixta como parte de la Administración Pública y a la vez sujetos de derecho privado, tienen un régimen de responsabilidad que abarca diferentes sujetos y normatividades, partiendo de los órganos públicos a los que les corresponde su control, pasando por la sociedad de economía mixta como persona jurídica y llegando hasta la responsabilidad de los funcionarios y administradores de ellas.

Lo anterior precisa que se exponga esquemáticamente (Figura 2) la normatividad relativa a la responsabilidad, que se aplica a cada uno de los sujetos mencionados:

**Figura 2. Esquema de la responsabilidad**



<b>RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA</b>	
Responsabilidad Fiscal	Por manejar las sociedades de Economía mixta recursos del estado y ser sujetos del control fiscal, las personas que en ella desarrollen gestión fiscal ya sean servidores públicos o particulares, son responsables fiscalmente si con sus actuaciones u omisiones causan perjuicio al patrimonio estatal
Responsabilidad Penal	Delitos contra la administración pública, tienen aplicación para aquellos que en una sociedad de economía mixta tengan la calidad de servidor público y cometan actos u omisiones que configuren alguno de los siguientes tipos penales: - Peculado, - concusión, -cohecho, -tráfico de influencias, -enriquecimiento ilícito, -prevaricato, - abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, -utilización indebida de información oficial privilegiada, - celebración indebida de contratos en las sociedades en las que el Estado tenga un porcentaje mayor al 50%.
Responsabilidad Disciplinaria	Por regla general a los miembros de las sociedades de economía mixta no se les aplica este tipo de responsabilidad; salvo en el caso de los representantes de las acciones del Estado: Ministros, jefes de Departamento Administrativos, al que este vinculada la sociedad, representante legal de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial de Estado, quienes continúan desempeñando función pública.
Responsabilidad Patrimonial	En el evento de ser condenada una sociedad de economía mixta a la reparación de un daño que halla sido consecuencia de la conducta gravemente culposa o dolosa de un agente suyo, podrá repetir contra él.
Responsabilidad de los administradores sociales	Los parámetros establecidos en el Código de Comercio y en la ley 222 de 1995 para determinar la responsabilidad de los administradores sociales, le son aplicables a las sociedades de economía mixta.

Para finalizar este capítulo anexamos información relacionada con los procesos penales, fiscales y disciplinarios que se han seguido en contra de funcionarios de sociedades de economía mixta, la cual fue obtenida en respuesta a derechos de petición enviados a la Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de República<sup>711</sup>:

- a. Investigaciones penales números 118 y 127 de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero ( en liquidación), por el delito de peculado cometido por diferentes funcionarios de la entidad, investigaciones que se encuentran en etapa de instrucción.
- b. Investigación penal No 1108 contra el doctor Ricardo León Escobar, exgerente de Empresas Varias de Medellín, por el delito de celebración contratos sin cumplimiento de requisitos legales, la cual s encuentra en etapa de instrucción.
- c. Sumario No 769 contra el gerente, interventor y contratista de ELECTROCESAR, por el delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales en concurso con interés ilícito en la celebración de contratos; por irregularidades en la celebración de dos contratos de construcción de redes eléctricas suscritos en noviembre de 1996 y marzo de 1997. Esta investigación fue calificada con resolución de acusación contra el contratista e interventor, decisión que es objeto de apelación ante la Fiscalía General de la Nación y por lo tanto goza de reserva sumarial.
- d. Proceso de responsabilidad fiscal No 074 de CORABASTOS, dentro del cual se declaro la nulidad de lo actuado, mediante auto de fecha 26 de agosto del 2002.
- e. Proceso de responsabilidad fiscal No 642 del INPEC Renacimiento, con fecha de apertura de marzo 31 de 2003, del cual no fue suministrada mayor información debido a que no se ha proferido decisión de fondo.

---

<sup>711</sup> Derecho de petición No 485 del 08-04-2003 de la Contraloría general de la república y derecho de petición No 1587 del 14 – 03-2003 de la Fiscalía General de la Nación.

## CAPITULO XVI

### 16. UTILIDADES O EXCEDENTES FINANCIEROS

#### 16.1 INTRODUCCIÓN

##### 16.1.1 Consideraciones previas.

16.1.1.1 Empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta: diferencias. Siguiendo al Doctor Gaspar Caballero nos encontramos con los siguientes planteamientos, que compartimos plenamente:

*“Como hemos dicho, en la sociedad de economía mixta es menester la participación de dos clases de asociados: estatales y particulares. Pero también es claro que el Estado por sí solo, es decir, sin la participación de los particulares como socios, puede desplegar una actividad empresarial a través de una entidad personalizada, creada por él, y denominada ‘empresa industrial y comercial del Estado’.*

*“La sociedad de economía mixta requiere, por el contrario, que las respectivas actividades sean realizadas en compañía, por el Estado y por los particulares, interviniendo ambas categorías de socios en la administración. En la empresa estatal no hay sino capital público, y es el Estado su único administrador, aunque a través de un ente personalizado. En la sociedad de economía mixta hay capital del sector público y del sector privado y la administración corresponde asimismo a los dos sectores.*

*“Las diferencias, pues, entre empresa del Estado y sociedades de economía mixta, son más que evidentes.”<sup>712</sup>.*

A las diferencias ya anotadas entre empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta se agregará más adelante una, y se refiere a que, mientras en las sociedades de economía mixta se habla de utilidades, en las empresas industriales y comerciales del Estado se hablará de excedentes

---

<sup>712</sup> CABALLERO SIERRA Gaspar. Las Entidades Descentralizadas en el Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial TEMIS, 1972, capítulo IV, p. 97-98.



financieros.

16.1.1.2 Diferencias entre Establecimiento Público y sociedad de economía mixta. Nuevamente, siguiendo al Doctor Gaspar Caballero, nos encontramos con lo siguiente:

*“Las diferencias entre el Establecimiento Público y la sociedad de economía mixta, son asimismo palpables. Aquel es una entidad de derecho público y esta una entidad de derecho privado, aunque vinculada a la Administración. En el establecimiento público no hay sino capital estatal, y en la sociedad de economía mixta hay capital público y privado. El establecimiento público se rige por los procedimientos del derecho público, mientras que la sociedad de economía mixta se rige por las normas del derecho privado.*

*“El Consejo de Estado, en sentencia del 30 de julio de 1960 dijo:*

*‘Las diferencias de las sociedades de economía mixta con los Establecimientos Públicos son notorias, y no pueden confundirse, so pena de falsear ambas nociones. Así, en tanto que en ellas existe el ánimo de lucro, la finalidad del establecimiento público lo excluye, siendo las tarifas y derechos que se cobran en determinados casos, contraprestaciones de derecho público, tendientes a asegurar el mantenimiento del servicio descentralizado al ser organizado en forma comercial, mediante la intangibilidad de su patrimonio. Evidentemente, hay establecimientos públicos cuya finalidad exige una organización de tipo similar al de la empresa privada, pero ello no desvirtúa su carácter, ni los aproxima a la sociedad de economía mixta. La estructura financiera de unos y otros difiere de manera esencial, y de consiguiente, igual ocurre con la estructura contable y la de los controles aplicables. No es igual, a pesar de las similitudes que se ofrecen, la estructura de la administración interna, especialmente desde el punto de origen de ella. La sociedad de economía mixta se halla situada en un ángulo equidistante del establecimiento público, por una parte, y de la empresa nacionalizada, por otra.*

*‘En la sociedad de economía mixta predomina el propósito de privatización de una actividad estatal, dentro de los límites que para ello trazan las leyes; en el establecimiento público priva el procedimiento de derecho público (lo contrario justamente) para la satisfacción de una necesidad. No hay discusión sobre el hecho de que en ese tipo especialísimo de sociedades, el régimen laboral no es otro que el mismo de los patronos privados, salvo que la Ley misma establezca otra cosa. Esas sociedades quedan, pues, fuera de la órbita general de la Administración, por lo que a las relaciones con los empleados*

*se refiere, pero sin perjuicio del control del Estado, que debe ejercerse a través de los canales apropiados, y si se quiere, en forma aún más severa.*

*‘Pero si la sociedad de economía mixta es asociación del Estado con el capital privado, el establecimiento público es, en cambio, emanación del Estado mismo, no importa — para el caso en estudio — que reciba y administre caudales privados destinados a finalidad especial, porque ello, como ya quedó establecido, es parte de su función, y no concurre en este caso el elemento contrato de sociedad, como tampoco se presenta el ánimo de lucro. De todo lo anterior, se ve la necesidad de distinguir radicalmente las dos clases de personas, para efectos del régimen de los empleados vinculados a ellas’<sup>713,714</sup>.*

#### 16.1.1.3 Comercialidad de las sociedades de economía mixta.

*“La sociedad de economía mixta es comerciante, y, por consiguiente, regida por el derecho mercantil, en cuanto respecta primordialmente a su funcionamiento y al negocio contractual celebrado entre el Estado y los particulares, que en última instancia le da su origen.*

*“Por lo tanto, para las sociedades de economía mixta regirán las mismas obligaciones impuestas para los comerciantes, ya sean estos individuales o colectivos (caso de las sociedades), tales como las de matricularse en el registro público mercantil; llevar libros de contabilidad; inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la Ley exija su formalidad; conservar, con arreglo a la Ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades; abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal”<sup>715</sup>.*

Como podemos observar, esta es una característica que enfatiza o afianza a las sociedades de economía mixta, en general, como una sociedad comercial, que se rige por el derecho privado, que tiene ánimo de lucro, y que busca (de alguna manera) “privatizar” las funciones estatales, pero vinculada a la Administración Pública, con el objeto que ésta ejerza el control necesario para garantizar el logro de los fines de estado en estas organizaciones.

#### 16.1.1.4 La emisión de bonos en las sociedades de economía mixta. “Conviene

---

<sup>713</sup> Anales del Consejo de Estado, t. LXII, p. 594 y ss.

<sup>714</sup> CABALLERO SIERRA, Op.Cit., p. 98-99.

<sup>715</sup> Íbidem, p. 100.

indagar si a las sociedades de economía mixta les es posible obtener empréstitos por medio de la emisión de bonos o títulos representativos de obligaciones. A través de tal sistema se busca la obtención de fondos indispensables para superar crisis económicas o para lograr la ampliación de las actividades empresariales.

*“Según el Código de Comercio, los bonos son títulos-valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad o entidad sujetas a la inspección y vigilancia del gobierno (artículo 752). Por lo anterior, es dable señalar que solo las sociedades mercantiles sometidas a la vigilancia e inspección del gobierno, ya sea a través de la Superintendencia Bancaria, o de Sociedades, están facultadas para obtener empréstitos del público mediante la emisión de esos títulos valores denominados bonos, obligaciones o debentures.*

*“En los estatutos de la sociedad de economía mixta sujeta a la vigilancia del gobierno, deberá establecerse si la emisión de bonos ha de ser ordenada por la asamblea de socios o por la junta directiva”<sup>716</sup>.*

Aunque compartimos la anterior opinión del Dr. Gaspar Caballero, consideramos que la posibilidad de emitir bonos como forma de capitalización o de obtención de nuevos recursos por parte de una sociedad de economía mixta, sin tener que necesariamente acudir a sus socios, debe poderse ampliar a todas ellas, sin necesidad de estar vigilada por la Superintendencia de Sociedades, o, si se quiere dejar la vigilancia necesaria cuando se emiten bonos, que sea vigilada por la Superintendencia de Valores.

Caso contrario es el de las sociedades de economía mixta que se dediquen a actividades financieras, las, cuales, en todo caso, si desean emitir bonos deberán contar con el aval de la Superintendencia Bancaria, lo cual generará una mayor confianza tanto de los usuarios de la entidad que participa en el sistema financiero como de los posibles inversionistas que dicha entidad pueda tener.

16.1.1.5 El aumento de capital en las sociedades de economía mixta y la

---

<sup>716</sup> Íbidem, p. 103-104

revaluación de activos. Siguiendo al Doctor Gaspar Caballero nos encontramos con lo siguiente, lo cual compartimos cabalmente:

*“Según el artículo 122 del Código de Comercio, es ineficaz todo aumento de capital que se haga con reavalúo de activos. Es apenas normal que los elementos constitutivos del activo de una sociedad comercial adquieran un mayor valor, ya sea por fenómenos económicos de variada índole y, más particularmente, por los conocidos efectos de las devaluaciones monetarias. Es posible, como se ha visto, que los elementos del activo, es decir, los que integran el patrimonio social, tengan un valor superior al de la cifra del capital. Normalmente esto ha de ocurrir para que pueda darse el reparto de utilidades, ya que estas suponen necesariamente un exceso del valor del activo sobre el pasivo, diferencia que se compensa, como es de usanza en la técnica contable, por el asiento en la columna del pasivo del balance del resultado favorable que haya arrojado la cuenta de pérdidas y ganancias.*

*“Pero el problema que implica la revaluación de activos es otro. Ya no se trata de utilidades que arroje el balance de fin de ejercicio, sino de la posibilidad de que haya en el activo bienes que de un año para otro han experimentado considerables cambios de valor. Se trata, por ejemplo, de que el inmueble A, o la maquinaria B, o los equipos C, que fueron adquiridos por la sociedad o aportados a esta en 100, 200 y 300 respectivamente, lleguen a valer el doble de estos. Esas diferencias de valor no pueden capitalizarse, según lo expresa el Código de Comercio.*

*“Pero, desde luego, a esas diferencias de valor hay que darles un destino. En la doctrina extranjera se han ideado variadas tesis. Para algunos autores, la plusvalía que arroje la valoración de los elementos del activo debe ir a la cuenta de pérdidas y ganancias, por lo cual, según ellos, es válida su distribución, ya sea en forma de acciones (aumento de capital), o en forma de dividendos. La tesis contraria es la de que resulta ilícito tomar en consideración los mayores valores de los activos adquiridos durante el funcionamiento de la sociedad, por cuanto en realidad esos bienes no aumentan de valor en forma que deba tenerse en cuenta, sino solo cuando la sociedad los enajena y obtiene evidentemente el beneficio por haberlos vendido a precio superior al de su adquisición. Es esta la tesis sustentada por la Superintendencia de Sociedades, que impedía antaño la capitalización del mayor valor de los activos sociales y que hoy acoge el Código de Comercio en la prohibición ya dicha del artículo 122”<sup>717</sup>.*

16.1.1.6 ¿Las sociedades de economía mixta son personas de derecho público o

---

<sup>717</sup> Íbidem, p. 104- 105.

de derecho privado?. “El Consejo de Estado francés, en sentencia del 20 de diciembre de 1961, consideró que las sociedades de economía mixta son organismos de derecho privado.

*“Se ha debatido mucho acerca de si las sociedades de economía mixta son o no estatales. Pero, como bien lo expresa FIORINI<sup>718</sup>, ‘cuesta trabajo explicar cómo puede incluirse en el cuadro de las personas estatales lo que voluntariamente se aporte con capital privado, por medio de un acto de voluntad asociacional’. Y agrega: ‘Las sociedades de economía mixta no son estatales por el aporte de su capital o por la designación de funcionarios por el administrador público. Sostenerse que son estatales por estas causas, será lo mismo que extenderlo a cualquier clase de subsidio que el Estado entregue a una actividad privada. Esta clase de sociedades no son ni pueden ser estatales porque su creación se encuentra normada en esta Ley singular, y el régimen jurídico que deben aplicar proviene del estatuto convenido entre las partes. Jamás podrá destruirse su carácter privado por medio de una reglamentación del poder administrador. El carácter de sociedad privada es inherente al acto de su creación’.*

*“Por su parte, el mercantilista español RODRIGO URÍA<sup>719</sup> sostiene el mismo criterio anterior, al indicar que la participación del capital público en las sociedades de economía mixta no priva a estas sociedades de su carácter mercantil, ni las convierte necesariamente en organismos paraestatales, ni las sustrae a las normas del derecho privado que regulen la forma social adoptada; y que por tal circunstancia su estudio corresponde al derecho mercantil más que al administrativo.*

*“En todo caso, las opiniones acerca de si las sociedades de economía mixta son personas de derecho público o de derecho privado, no son uniformes. Algunos consideran que son sociedades controladas; otros, que pueden ser públicas, privadas o mixtas, según la proporción de las influencias respectivas de los poderes públicos y de los particulares en la asamblea general. Por último, hay quienes afirman que la sociedad de economía mixta puede ser persona de derecho público o privado, según la finalidad que se proponga su constitución.*

*“HÉCTOR CÁMARA<sup>720</sup> sostiene que al legislador no le compete decir cuándo una persona es de derecho privado y cuándo es de derecho público, ya que este asunto de calificación jurídica concierne exclusivamente al jurista, toda*

---

<sup>718</sup> BARTOLOMÉ FIORINI, Op. Cit., p. 813.

<sup>719</sup> URÍA, Rodrigo. Derecho mercantil. 6ª ed. Madrid: Imprenta Aguirre, 1968. p. 352.

<sup>720</sup> CÁMARA, Héctor. Sociedades de economía mixta. Buenos Aires: Editorial Ediciones Arayú, 1954, p. 94.

*vez que el legislador puede declarar que una persona es de derecho público, pero si después la reglamenta según los principios de derecho privado, aquella declaración no tendrá alcance práctico, y viceversa. El referido autor se opone también al criterio económico para determinar el carácter de persona de derecho público o privado, o sea, teniéndose en cuenta el mayor o menor aporte estatal. Advierte que semejante punto de vista no es jurídico y daría lugar a soluciones inaceptables. Pone de manifiesto que, según dicha tesis, una sociedad de derecho público — v. gr. una institución bancaria oficial, con capital aportado por partes iguales entre los organismos públicos y los particulares — dejaría de ser tal, por el simple hecho de que al aumentarse el capital, el gobierno no suscribiera nuevas acciones. ‘Es obvio que la naturaleza jurídica de esta entidad, con sus graves consecuencias, no puede quedar librada a esos vaivenes’<sup>721</sup>.*

*“HECTOR CÁMARA participa del criterio de MAYER, RANELLETI y ZANOBINI, de que las sociedades de economía mixta serán personas de derecho público, no por el solo hecho de participar el Estado, sino cuando su estructura, objetivo y funciones sean conformes con los fines estatales; cuando estén destinadas a satisfacer intereses públicos coincidentes con los del Estado.*

*“Nosotros consideramos que ni el volumen de la participación estatal, ni la circunstancia de que la totalidad de los aportes correspondan a diversas entidades estatales (territoriales o por servicios), dan el carácter de persona de derecho público a la forma societaria adoptada. Si para determinada gestión económica por parte del Estado se adoptó la forma mercantil, esta tiene la virtualidad de prevalecer. Es inconcebible imaginar sociedades mercantiles, de suyo regidas por las leyes privadas del comercio, como personas de derecho público. Aun participamos del criterio de que aquellas sociedades mercantiles, constituidas totalmente con aportes oficiales, como en el caso de que en ellas intervengan exclusivamente como asociadas diversas personas de derecho público, siguen rigiéndose por el derecho privado, y de consiguiente, ante la faz del derecho son personas privadas. Nunca hemos creído que la naturaleza jurídica de los socios sea comunicada como por arte de magia a la nueva persona jurídica que nace del contrato de sociedad mercantil. No se debe olvidar que la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.*

*“Por todo lo anterior, acogemos el criterio de DE LAUBADÈRE, para quien, al lado del establecimiento público — y de las empresas industriales y comerciales agregaríamos nosotros —, el Estado utiliza igualmente hoy día como marco jurídico de su actividad industrial o comercial la fórmula de la sociedad de derecho comercial. Para el mismo autor, estas sociedades son*

---

<sup>721</sup> CÁMARA, Héctor. Op. Cit., p. 94.

de dos clases: a) cuando el capital de la sociedad es enteramente público; b) cuando el capital es aportado entre personas públicas y particulares (sociedades de economía mixta). Las primeras son, entonces, las llamadas sociedades paraestatales, o sociedades de capital público.

“Para DE LAUBADÈRE, tanto unas y otras sociedades — sociedades de capital público o paraestatales y sociedades de economía mixta —, por su naturaleza jurídica son personas morales de derecho privado.

‘El primer carácter de la sociedad de economía mixta que conviene relieves es su naturaleza de persona moral de derecho privado, y más especialmente, de sociedad comercial. Cualesquiera que sean los efectos, el carácter generalmente ficticio de esta vestidura de derecho privado y las derogaciones aportadas en su caso al derecho común comercial, la naturaleza de sociedad de derecho privado, salida de la forma misma adoptada, es cierta y entraña naturalmente importantes consecuencias jurídicas, que se pueden resumir así: en todos los casos, donde no hay derogación expresa de los textos, es la legislación y el derecho de las sociedades los que rigen a la sociedad de economía mixta y su funcionamiento’<sup>722</sup>.

“DE LAUBADÈRE sostiene que esas derogaciones, introducidas por el derecho público al derecho privado, respecto a las sociedades de economía mixta, son aquellas que le aseguran “al Estado el señorío de la sociedad, no obstante el principio del derecho de las sociedades, de que la influencia de cada asociado es proporcional a la importancia de su participación financiera”. Y así, recalca, cómo si el Estado es socio minoritario, él asegura el dominio de la sociedad por las reglas derogatorias del derecho comercial.

“GEORGES RIPERT, en su extraordinaria obra Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, al hablar de la ‘tentación de la economía mixta’, precisa algunas de las derogaciones impuestas al derecho comercial común. Al efecto, dice:

‘Sin embargo, el Estado ha cedido a la tentación capitalista. ¿Por qué razón no entra a formar parte de la empresa a fin de vigilarla mejor, dirigirla incluso y retirar su parte de beneficios sin necesidad de invocar un derecho de regalía? Por esto le basta con tomar la apariencia de un asociado en las sociedades constituidas para crear o administrar determinadas explotaciones.

‘Esta unión del Estado y de los capitales privados en una sociedad llamada de economía mixta no es de origen francés. En Francia se ha imitado lo que se hace en el extranjero. Quizá no se ha reflexionado suficientemente que, dada la mentalidad francesa, la desconfianza hacia el Estado y la hostilidad a

---

<sup>722</sup> DE LAUBADÈRE, André. Op. Cit., t. III, p. 572.

*que da lugar, no crean un clima favorable para esta transformación. No ha sido ni un matrimonio por amor y ni tan siquiera de conveniencia.*

*'Durante quince años, de 1919 a 1934, la economía mixta se ha considerado como un medio de no entregar al capitalismo privado las grandes fuerzas de la producción. Aparecía como un compromiso aceptable que se beneficiaba de las críticas dirigidas contra los oficios y contra el capitalismo y que daba satisfacción a un cierto espíritu lógico. Esta corriente ha pasado. La experiencia no ha sido favorable a esta forma de empresa. No podemos trazar aquí la historia de las sociedades de economía mixta, la cual, por otra parte, ha sido bastante bien hecha. Al menos, podemos señalar la incertidumbre de la nueva forma jurídica que se ha pretendido dar a la empresa.*

*'Primeramente se ha pensado en hacer entrar modestamente al Estado en una sociedad anónima constituida según las disposiciones de la Ley del 24 de julio de 1867. Para ello, efectúa, como todos los demás asociados, una aportación en especies o en dinero. Por el hecho de ser un gran accionista, tiene una gran influencia en la asamblea general y puede fácilmente conseguir un puesto de administrador.*

*'Si de la teoría se pasa a la realización práctica, el cuadro jurídico cruje por todas partes. En efecto, el Estado pretende ser un accionista como los otros, pero retiene unas acciones de un carácter particular, que no puede ceder. Pretende hacer una aportación en especie, pero, a veces, aporta una riqueza pública que no puede ser enajenada; en todo caso, no somete su aportación a la verificación de la asamblea general. Si aporta un capital, necesita una autorización legal para entregarlo. Si el capital social se aumenta o se reduce, ¿de qué manera se traducirán estas aportaciones en la variación de los derechos del Estado? Toda sociedad supone, en principio, la igualdad de derechos de los asociados. No se recibe a un soberano como a un igual.*

*'Por otra parte, el Estado tiene la pretensión de colaborar en la administración de la sociedad. ¿Cómo hacerlo si se quiere respetar la Ley de 1867? Una persona moral puede tener la condición de administrador, pero debe ser elegida por la asamblea general y solamente consigue un puesto. El Estado no puede someterse a la elección y no se conforma con un solo voto. Nombra administradores propios, y según su número, tiene entre sus manos la mayoría del consejo de administración. La situación de estos administradores del Estado es singular. ¿Son responsables de las culpas cometidas en su gestión? ¿Es el Estado el responsable? Si constituyen la mayoría, ¿es el Estado quien dirige, de hecho, la sociedad, y si están en minoría, ponen al Estado en la cruel situación de obedecer al capitalismo privado?*



*‘En presencia de estas innumerables dificultades jurídicas se ha usado de otro procedimiento: reglamentar directamente, mediante la Ley, todas aquellas dificultades que existen. «Una Ley por sociedad», es una Ley en sentido formal y no material. El vicio de este sistema no estriba solamente en la complejidad de la reglamentación, sino también en la necesidad de recurrir de nuevo a la Ley cuando hay que modificar un punto de la organización primitiva.*

*‘La inexperiencia del legislador se traduce en las disposiciones legales. Las acciones atribuidas al Estado reciben el nombre, unas veces, de acciones de aportación, otras de acciones de primer rango, otras de acciones de goce, sin que estas expresiones se tomen en su verdadero sentido jurídico. En algunas sociedades, el Estado es administrador sin ser accionista, porque no ha aportado nada y solamente ha prometido cubrir el déficit de la explotación o garantizar las emisiones de obligaciones. A veces, retiene la mayoría del capital y en otros casos, su aportación es insignificante. El número de administradores que nombra no guarda ninguna relación con la importancia de su participación en el capital. A veces, les concede un derecho soberano de veto a las decisiones de la mayoría. Todo esto revela la incertidumbre de la política legislativa.*

*‘La Ley lo puede todo, salvo llegar a conciliar lo que es inconciliable. No se puede unir el Estado, cuya acción desinteresada está dictada únicamente por el interés público, a accionistas que persiguen la obtención de ganancias, en interés privado. O bien el Estado aporta sus medios económicos o su crédito a una sociedad en provecho de los accionistas, o bien les impone su voluntad, en cuyo caso existe una empresa del Estado disimulada bajo la forma de una sociedad mercantil. El Estado dirige o vigila la empresa. No puede entrar en ella sin una modificación profunda del régimen jurídico’<sup>723,724</sup>.*

No obstante lo anteriormente señalado por el Dr. Gaspar Caballero en el año de 1972, nuestro Legislador, en la Ley 489 de 1998, señala que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas por servicios de la Administración

---

<sup>723</sup> RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, trad. de José Quero Molares, Buenos Aires: Edit. Ejea, 1950, p. 329 y ss.

<sup>724</sup> CABALLERO SIERRA, Op.Cit., p. 107-113.

Pública, y por esa razón es que necesitan, para su creación, de una ley que la autorice.

Consideramos que, aunque actualmente en nuestro país las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas que están reguladas tanto por el Código de Comercio como por la Ley 489 de 1998 y otras normas varias (como el Estatuto Orgánico del Presupuesto), debido al interés que tienen sus socios para crearla, el cual, a nuestro juicio no es distinto a desarrollar una actividad comercial (por parte de los particulares) y a desarrollar los fines del Estado, es decir, colaborar con el desarrollo y efectiva consecución del Estado Social de Derecho (por parte de la Nación), nos encontramos frente a tres tipos de sociedades de economía mixta constituidas como sociedades por acciones, las cuales serán<sup>725</sup>:

- a) Conforme al artículo 466 del Código de Comercio, *“cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal exceda del 50 por ciento del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actuaren en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos”*.

Como podemos observar, en el caso en que la participación estatal no exceda el 50 por ciento del capital de una sociedad de economía mixta constituida como Sociedad por Acciones, la respectiva sociedad se regirá por lo que los accionistas privados determinen, encontrándonos frente a una compañía que, no obstante haber sido constituida por autorización legal y poder gozar de privilegios y capitalizaciones provenientes del Estado, será la mas parecida a una sociedad comercial en su forma pura, es decir, a una sociedad por Acciones.

---

<sup>725</sup> No obstante las diferencias que tienen las sociedades de economía mixta constituidas como sociedades por acciones con las sociedades de responsabilidad limitada, creemos que la clasificación expresada se aplica para las últimas, principalmente en cuanto a las decisiones tomadas conforme el principio de la Ley de Mayorías.

- b) En el mismo sentido, si la participación estatal en la respectiva sociedad de economía mixta supera el 50 por ciento de su capital se aplicará para los accionistas públicos lo señalado en el literal anterior, es decir, la respectiva sociedad se regirá por lo que determinen los accionistas públicos aplicando el principio de la Ley de Mayorías.
- c) Por último, el artículo 464 del Código de Comercio dispone que *“cuando los aportes estatales sean del 90 por ciento o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado”*.

Aunque la norma en comento es muy clara, se debe resaltar, no obstante comentarios posteriores, que lo que la norma implica no se puede entender como la creación de empresas industriales y comerciales mixtas, sino que se les seguirá tratando como sociedades de economía mixta pero que tendrán un control especial por parte del Estado, debido a su participación mayoritaria.

Sin embargo, consideramos que en este tipo de sociedades se debería tratar a los socios particulares como accionistas o socios privilegiados, y que tengan un trato parecido al que el artículo 466 del Código de Comercio le da a la Nación, es decir, no se les suprima su derecho al voto.

**16.1.2 Consideraciones con respecto a la distribución de excedentes financieros y utilidades en las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta, según sea el caso<sup>726</sup>.** Para garantizar la coherencia de las políticas fiscal y macroeconómica definidas por el Gobierno Nacional, las entidades del sector descentralizado, dentro de las cuales están las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de

---

<sup>726</sup> En esta misma obra véase el Capítulo VII y numeral 7.5.4

economía mixta, deben cumplir con las directrices que en materia presupuestal, administrativa y financiera definan el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación (DNP). Por consiguiente, es necesario que los representantes de la Nación en las Juntas Directivas y en las Asambleas de Accionistas de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta tengan conocimiento, entre otros asuntos, de los lineamientos básicos que se relacionan con la liquidación y distribución de excedentes financieros y utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.<sup>727</sup>

## 16.2 DEFINICIONES

La doctrina diferencia entre la distribución de utilidades y el reparto de las mismas a los asociados de la siguiente forma: “semántica y jurídicamente el concepto de *distribución de utilidades* es más amplio que el de *reparto de utilidades a los asociados*. El primero significa la división en porciones, cada una con la destinación prevista en la Ley o en los estatutos, y por ende, equivale a la *distribución legal* de las mismas. En cambio, las que se reparten a título de participaciones o dividendos son las que sobran después de efectuar las detracciones obligatorias, vale decir, las sumas destinadas a formar o incrementar las reservas legales, estatutarias y ocasionales (*Código de Comercio, artículos 154<sup>728</sup> y 451<sup>729</sup>*)<sup>730</sup>.

---

<sup>727</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. Página 2.

<sup>728</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 154. “Además de las reservas establecidas por la Ley o los estatutos, los asociados podrán hacer las que consideren necesarias o convenientes, siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la Ley y que hayan sido justificadas ante la Superintendencia de Sociedades.

La destinación de estas reservas sólo podrá variarse por aprobación de los asociados en la forma prevista en el inciso anterior”. Sin embargo, el aparte subrayado de este artículo se considera derogado tácitamente por la Ley 222 de 1995.

Entonces, en el proceso de distribución de utilidades, tenemos que, de acuerdo con la metodología establecida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, los excedentes financieros son "el valor resultante de deducir al valor del patrimonio, el monto del capital social, el de las reservas legales y el del superávit por donaciones de la entidad, a 31 de diciembre del año analizado"<sup>731</sup>.

En cuanto a las utilidades, se considera la utilidad neta del ejercicio, que es "el resultado de sumar los ingresos tanto operacionales como no operacionales y deducir todos los gastos de la entidad, las provisiones, depreciaciones y amortizaciones, la corrección monetaria y la provisión para el pago del impuesto de renta"<sup>732</sup>.

Asimismo, para el cálculo de las utilidades netas a distribuir entre los socios de las empresas industriales y comerciales del Estado societarias y de las sociedades de economía mixta, "se toma como base la utilidad neta del ejercicio, se deducen las reservas y se adiciona la liberación de reservas de los ejercicios anteriores"<sup>733</sup>.

**16.2.1 Diferencias entre los excedentes y las utilidades.** En este punto es importante dejar claro, para efectos del posterior desarrollo del presente capítulo, la diferencia que existe entre los excedentes financieros y las utilidades. De acuerdo con el artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996 (artículo que citamos en el punto 3, referente al marco legal) encontramos que los excedentes financieros los producen

---

<sup>729</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 451. "Con sujeción a las normas generales sobre distribución de utilidades consagradas en este Libro, se repartirán entre los accionistas las utilidades aprobadas por la asamblea, justificadas por balances fidedignos y después de hechas las reservas legal, estatutaria y ocasionales, así como las apropiaciones para el pago de impuestos".

<sup>730</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Octava edición, Colombia: Editorial Legis, 1998. Cap. X, p. 219

<sup>731</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. p. 2 y 3.

<sup>732</sup> Ibidem.

<sup>733</sup> Ibidem.

las empresas industriales y comerciales del Estado **no societarias** (inciso 1°), mientras que las utilidades las producen las empresas industriales y comerciales **societarias** del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas (inciso 2°).

Entonces, mientras los excedentes financieros son enteramente de propiedad de la Nación, las utilidades serán de propiedad de la Nación, en el caso de las sociedades de economía mixta del orden Nacional, en la cuantía que corresponda a las entidades estatales nacionales por su participación en su capital.

Sin embargo, puede llegar a preguntarse lo siguiente: ¿por qué el Legislador no se refiere a excedentes financieros siempre que se este frente a empresas industriales y comerciales del Estado, sean societarias o no, y denomina utilidades a las producidas únicamente por las sociedades de economía mixta?

Una de las posibles respuestas al anterior interrogante tiene que ver con lo dispuesto por el artículo 464 del Código de Comercio, el cual dispone que “cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%), o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva”. La disposición anterior ha sido reiterada por el párrafo 1° del artículo 38 y el párrafo único del artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

Tenemos, por consiguiente, que si hay una sociedad de economía mixta en la cual el aporte estatal es igual o mayor al noventa por ciento del capital social, su régimen será el de una empresa industrial y comercial del Estado, pero no por ello se convierte en una empresa industrial y comercial del Estado que tiene que repartir excedentes financieros a los particulares. Si fuese así, no tendría ningún

sentido que los particulares participasen de una sociedad de economía mixta que es de propiedad absoluta de la Nación, es decir, una empresa industrial y comercial Mixta del Estado.

Además, en el caso en que se considerase que las sociedades de economía mixta que tengan un noventa por ciento o más de aporte Estatal en su capital social se conviertan en empresas industriales y comerciales del Estado con participación privada, es decir, una sociedad enteramente de propiedad del Estado con participación de particulares, lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996 tendría una absoluta validez, puesto que en ese tipo de empresas industriales y comerciales del Estado no se podría hablar de excedentes financieros debido a que la totalidad de éstos no pertenecerían al Estado sino en un porcentaje mayoritario, y el resto quedaría a disposición de los particulares, por lo que es (o sería) correcto hablar de utilidades.

La otra posible respuesta es la de una empresa industrial y comercial del Estado conformada por varios organismos del Estado, caso en el cual será una empresa societaria, pero de capital enteramente Estatal. Sin embargo, no profundizaremos en este tema puesto que nuestro estudio se detiene en las sociedades de economía mixta y no en las empresas industriales y comerciales del Estado, no sin antes concluir que, por más que en este caso las empresas industriales y comerciales del Estado sean societarias, siguen siendo de propiedad exclusiva del Estado, y, por ello, las utilidades que genere serán de propiedad del Estado, por lo que las utilidades producidas por estas empresas industriales y comerciales del Estado societarias deberían ser consideradas mejor como excedentes financieros.

Tenemos entonces, que cuando las normas que regulan el trámite de utilidades y excedentes financieros se refieran a “*empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas*” se deberá entender no como empresa industrial y comercial mixta del Estado, sino frente al

carácter societario de algunas empresas industriales y comerciales del Estado, y por eso es que en muchas de las normas que regulan éste tema se agrupan dichas compañías.

Por otra parte, de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación, los excedentes financieros se deberán determinar o liquidar de la siguiente forma: al patrimonio se le resta el capital social, la reserva legal y el superavit por donaciones, y ese resultado dará el excedente financiero, del cual el 80% es factible de ser distribuido y el 20% restante debe ser asignado a la empresa<sup>734</sup>.

A su vez, el cálculo de las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, se realiza el cálculo de la siguiente forma: a la utilidad neta del ejercicio se le resta la reserva legal, la reserva estatutaria y se le suma la liberación de reservas de los ejercicios anteriores, y ese resultado debe dar la utilidad neta a distribuir<sup>735</sup>.

Frente al proceso de reparto de utilidades a los asociados, esa utilidad neta a distribuir debe ser confrontada con el porcentaje de participación directa, tanto de la Nación como de los particulares, en el capital social y ese resultado nos determinará la utilidad, a título de dividendos, y luego de formar o incrementar reservas y/o capitalizar recursos de utilidades, que le deberá ser repartida a la Nación y a los particulares que participen del capital de las sociedades de economía mixta.

### **16.3 MARCO LEGAL**

---

<sup>734</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. p. 4.

<sup>735</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. p. 5.



**16.3.1 Elaboración de la distribución de los excedentes financieros y las utilidades. Destino de los excedentes financieros.** El artículo 85 del Decreto-Ley 111 de 1996 señala lo siguiente:

*Artículo 85. El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto Nacional, elaborarán conjuntamente para su presentación al CONPES la distribución de los excedentes financieros de los Establecimientos Públicos del orden Nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas.*

*De los excedentes financieros distribuidos por el CONPES a la Nación, el Gobierno solo podrá incorporar al presupuesto un monto que no supere el 1 % del presupuesto vigente. En los demás casos el Gobierno hará los ajustes presupuestales necesarios para darle cumplimiento a la distribución de los recursos a que se refiere el inciso anterior. También los hará una vez determinado el excedente financiero de la Nación.*

*Cuando los excedentes destinados por el CONPES a la Nación superen el 1% del presupuesto vigente, su incorporación al presupuesto se hará por Ley de la República (Ley 179 de 1994, artículo 21, Ley 225 de 1995, artículo 21).*

El artículo anteriormente citado no hace nada distinto a establecer, en su inciso 1°, que el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto Nacional, elaborarán conjuntamente para su presentación al CONPES, la distribución de los excedentes financieros de los Establecimientos Públicos del orden Nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, lo cual, por obvias razones, deberá tener en cuenta los proyectos de distribución de utilidades que, conforme al inciso 1° del artículo 1° del Decreto 205 de 1997, deben ser enviados por las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, a más tardar con un mes de antelación a la fecha de celebración de la respectiva asamblea ordinaria de accionistas.

Nótese, además, como el artículo anterior, en su inciso 2°, no diferencia entre las

utilidades y los excedentes financieros, lo cual, entonces, no hace nada distinto que confirmar la tesis que hemos venido manejando y que reforzaremos mas adelante, y es que las utilidades que pertenecen a la Nación, por hacer parte del capital de la sociedad de economía mixta, tiene el trato de excedentes financieros, salvo que el Decreto-Ley 111 de 1996 haya creado sociedades de economía mixta no societarias, lo cual no se ve claro ni sería lógico desde ningún punto de vista.

Por esta razón, debemos entender que, cuando el artículo citado hable de excedentes financieros en el inciso 1°, también se referirá a las utilidades generadas por empresas industriales y comerciales del Estado societarias y las generadas por sociedades de economía mixta, y, en el inciso 2° y 3°, se deberá entender por excedentes financieros tanto los generados por empresas industriales y comerciales del Estado societarias y no societarias, como las utilidades, generadas por sociedades de economía mixta, que hayan sido repartidas a título de dividendos a la Nación por su participación en el capital social de aquellas.

**16.3.2 Envío de los estados financieros por parte de las compañías y la sanción por incumplir dicho mandato.** El Decreto-Ley 111 de 1996, en su artículo 91, dispone que:

*Artículo 91. Los Establecimientos Públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta deberán enviar al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda la totalidad de los estados financieros definitivos con corte a 31 de diciembre del año anterior, a mas tardar el 31 de marzo de cada año.*

*El incumplimiento de esta disposición dará lugar a la imposición de multas semanales y sucesivas a los responsables, equivalentes a un salario mínimo legal, por parte de las Superintendencias a cuyo cargo esté la vigilancia de la correspondiente entidad y, en su defecto, por la Procuraduría General de la Nación (Ley 225 de 1995, Artículo 4).*

Se puede observar que el artículo anteriormente transcrito no diferencia entre las

empresas industriales y comerciales del Estado no societarias y las empresas industriales y comerciales del Estado societarias y las sociedades de economía mixta con el régimen de las últimas, consagrándoles la misma obligación y sanción a éste tipo de compañías.

Durante el transcurso de la investigación se le formuló a la Procuraduría General de la Nación la pregunta acerca de si se habían llevado a cabo investigaciones y sanciones por parte de esa entidad por la presentación extemporánea de los estados financieros, y efectivamente la respuesta fue positiva en ambos casos, con la aclaración de que la respuesta relativa a las sanciones no fue específica para las sociedades de economía mixta.

En el mismo sentido se le formularon dos preguntas a al Departamento Nacional de Planeación, relativas a la presentación oportuna de los estados financieros y si se han reportado las eventuales anomalías, ante lo cual respondieron así:

*“Al respecto, me permito comunicarle que generalmente las sociedades de economía mixta envían los estados financieros a este Departamento y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el límite establecido por el artículo en mención, salvo que tengan que realizar algunos ajustes en la información, motivo por el cual solicitan una autorización de prórroga.*

*Sin embargo, no todas las sociedades remiten los estados financieros. Cuando esta situación se presenta, la Dirección General del Presupuesto Nacional envía una relación a la Procuraduría General de la Nación de aquellas entidades que no cumplieron con el artículo 91 del Decreto 111 de 1996 (sic), para que éste órgano adopte las medidas que considere pertinentes”<sup>736</sup>.*

### **16.3.3 Empresas societarias y no societarias: tratamiento a los excedentes financieros y las utilidades. Diferenciación.**

16.3.3.1 Tratamiento en general. En las disposiciones sobre excedentes

---

<sup>736</sup> Comunicación número 074 del 15 de agosto de 2002, suscrita por el Director de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación (Dr. Oswaldo Enrique Rodríguez).

financieros y utilidades del Estatuto Orgánico del Presupuesto, en su artículo 97, diferencia, ahora sí, entre las empresas industriales y comerciales del Estado no societarias y las sociedades de economía mixta del orden Nacional y las empresas industriales y comerciales del Estado societarias, y las diferencia de la siguiente manera:

*Artículo 97. Los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional no societarias, son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará, por lo menos, el 20% a la empresa que haya generado dicho excedente.*

*Las utilidades de las empresas industriales y comerciales societarias del estado y de las sociedades de economía mixta del orden nacional, son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades estatales nacionales por su participación en el capital de la empresa.*

*El CONPES impartirá las instrucciones a los representantes de la Nación y sus entidades en las juntas de socios o Asambleas de accionistas sobre las utilidades que se capitalizarán o se reservarán y las que se repartirán a los accionistas como dividendos.*

*El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, al adoptar las determinaciones previstas en este artículo, tendrá en cuenta el concepto del representante legal acerca de las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades, según sea el caso, sobre los programas y proyectos de la entidad. Este concepto no tiene carácter obligatorio para el CONPES, organismo que podrá adoptar las decisiones previstas en este artículo aún en ausencia del mismo (Ley 38 de 1989, Artículo 26, Ley 179 de 1994, Artículo 55, incisos 9 y 11, Ley 225 de 1995, Artículo 6).*

Podemos ver que, a parte de la ya anotada diferencia entre excedentes financieros y utilidades, que quedó establecida en las definiciones, se encuentran las siguientes diferencias:

a) Tratándose de las empresas industriales y comerciales del Estado no

societarias, se establece, al igual que para los Establecimientos Públicos nacionales, lo siguiente:

- 1) Los excedentes financieros son propiedad de la Nación.
  - 2) El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, asignará, por lo menos, el 20% a la empresa que haya generado dicho excedente.
- b) Para las empresas industriales y comerciales del Estado societarias y las sociedades de economía mixta del orden nacional con el régimen de aquellas, se dispone lo siguiente:
- 1) Las utilidades que generen estas entidades son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades nacionales estatales por su participación en el capital de la empresa.
  - 2) El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, se encargará de impartir las instrucciones correspondientes a los representantes de la Nación y de sus entidades en las Juntas de Socios o Asambleas de Accionistas sobre el monto de las utilidades que se capitalizará o reservará y el que se repartirá a los accionistas como dividendos.
  - 3) Asimismo, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, es el órgano encargado de determinar la cuantía de los excedentes financieros que harán parte de los recursos de capital del Presupuesto General de la Nación y fijar la fecha de su consignación en la Dirección General del Tesoro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Vemos, una vez más, que hay una confusión en las normas que tratan a las compañías societarias y a las no societarias, puesto que vuelven a usar indiscriminadamente el término *excedentes financieros* al hablar de empresas industriales y comerciales del Estado societarias y sociedades de economía mixta.

Por esta razón, tenemos que volver a señalar que, por más que se hable de

utilidades en las empresas industriales y comerciales del Estado societarias, realmente la legislación las trata como excedentes financieros, y frente a las utilidades generadas por sociedades de economía mixta, que hayan sido repartidas a título de dividendos a la Nación por su participación en el capital social de aquellas, también tendrán el trato de excedentes financieros.

Ahora bien, en cuanto al concepto del representante legal de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, acerca de las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades, según sea el caso, sobre los programas y proyectos de la entidad, debemos anotar que no habrá obligación de presentarlo cuando no se haya decretado el reparto de utilidades y excedentes financieros en la respectiva compañía, dependiendo del caso. Un ejemplo de lo anterior es el caso de BANCAFE, puesto que en los últimos cinco años no han decretado reparto de utilidades y, por consiguiente, no ha sido necesario que emitan el concepto del inciso final del artículo acá analizado<sup>737</sup>.

Asimismo, debemos aclarar que, conforme al artículo 61 del Código de Comercio<sup>738</sup>, esos conceptos están sometidos a reserva, debido a que constituyen correspondencia relativa a estados financieros y contabilidad de las respectivas sociedades de economía mixta. Por esta razón es que nos es imposible conocer de qué se tratan o qué contienen los conceptos, emitidos por los representantes legales de las compañías, acerca de las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades, según sea el caso, sobre los programas y proyectos de la entidad.

---

<sup>737</sup> Tomado de la Comunicación número DGJ-DCyC/2-1660 del 23 de julio de 2002, firmada por el Director General Jurídico (E) de BANCAFE.

<sup>738</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 61 “Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente. Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la Ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas”.

**16.3.4 Instrucciones del CONPES: proyecto de repartición de utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta como paso previo.** Para la destinación de las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas, se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 1° del Decreto 205 de 1997, que dispone:

*Artículo 1°. Para que en los términos del artículo 97 del Decreto 111 de 1996 (sic), el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, imparta instrucciones respecto de la destinación que debe dársele a las utilidades que correspondan a las entidades estatales nacionales por su participación en el capital de las empresas Industriales y Comerciales societarias del Estado y de las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas, del orden nacional, las mismas deberán enviar al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a mas tardar con un mes de antelación a la fecha de celebración de la respectiva asamblea, el proyecto de repartición de tales utilidades con base en estados financieros fidedignos cortados a 31 de diciembre del año precedente.*

*Si en la fecha de celebración de la asamblea ordinaria de tales sociedades, el Consejo Nacional de Política Económica y Social no ha impartido las instrucciones de que trata el inciso anterior, las utilidades que correspondan por su participación a las entidades estatales nacionales, se registraran en el patrimonio social como utilidades de ejercicios anteriores, hasta que el CONPES decida sobre el particular y luego de haber apropiado los recursos correspondientes a la reserva legal y estatutaria, si fuere del caso.*

*El proyecto de distribución de utilidades que remitan aquellas entidades que tengan más de un ejercicio contable deberá corresponder al período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre y se enviara durante los dos primeros meses del año, con la misma antelación prevista en el primer inciso de este artículo, respecto de la fecha de celebración de la asamblea.*

Lo anterior no hace nada distinto a dejar claridad en la forma como el CONPES debe impartir las instrucciones respecto de la destinación de las utilidades generadas por las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta societarias.

Adicionalmente, tenemos que, como consecuencia de lo dispuesto por el inciso 2° del artículo anteriormente citado, si el CONPES no cumple con su obligación de impartir dichas instrucciones, las utilidades se deberán registrar en el patrimonio social como utilidades de ejercicios anteriores hasta que el CONPES imparta las instrucciones respecto de la destinación de las utilidades, y luego de haber apropiado los recursos correspondientes a la reserva legal y estatutaria, si fuese el caso.

De acuerdo con información suministrada por el Departamento Nacional de Planeación,

*“es importante precisar que este Departamento anualmente envía una circular a las entidades relacionando la información que deben remitir para adelantar el proceso de distribución de utilidades, siendo la más importante la remisión de los estados financieros debidamente aprobado y las respectivas notas con corte a 31 de diciembre del año anterior. Asimismo, se solicita el proyecto de distribución de utilidades, el cual no es remitido por la totalidad de las sociedades de economía mixta.*

*Sin embargo, el CONPES, con fundamento en la potestad otorgada mediante el artículo 97 del Decreto 111 de 1996 (sic), procede a estudiar los estados financieros y a recomendar lineamientos de política a los representantes de la Nación en las Juntas o Asambleas de accionistas, aún sin el proyecto de distribución de utilidades”<sup>739</sup>.*

Como podemos observar, para que el CONPES imparta instrucciones, respecto de la destinación que debe dársele a las utilidades que correspondan a las entidades estatales nacionales por su participación en el capital de las empresas industriales y comerciales societarias del Estado y de las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas, no necesita sino los estados financieros de cada compañía, con lo que nos preguntamos ¿para qué se solicita entonces los proyectos de repartición de utilidades?.

---

<sup>739</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Comunicación Número DIFP-SPSD-25-075-02 del 15 de agosto de 2002, firmada por el Director de Inversiones y Finanzas Públicas.



Esta es una pregunta de fácil respuesta: se solicitan los proyectos de repartición de utilidades para facilitar el trabajo del CONPES e impartir sus instrucciones lo más pronto posible, para que las respectivas utilidades no se deban registrar en el patrimonio social como utilidades de ejercicios anteriores hasta que el CONPES imparta las instrucciones respecto de la destinación de las respectivas utilidades.

Asimismo, vemos como la totalidad de las sociedades de economía mixta envían los estados financieros (así ocasionalmente lo hagan extemporáneamente como lo vimos en el punto 16.3.2), los cuales deben ser remitidos al Departamento Nacional de Planeación, pero no todas las compañías envían el proyecto de distribución de utilidades al Departamento Nacional de Planeación.

Nosotros le preguntamos a los respectivos gerentes o presidentes de las sociedades de economía mixta objeto de nuestra investigación si en efecto ellos enviaban o no dicho concepto y si era posible que nos suministraran copia de los mismos, ante lo cual hubo varias respuestas. Sin embargo podemos destacar las siguientes:

*BANCOLDEX nos informa que: "...es pertinente aclarar que dicha información se encuentra sometida a la reserva propia de los libros y papeles del comerciante, establecida en el artículo 66 del Código de Comercio. Por lo tanto, no es posible suministrar copia de tales documentos.*

*No obstante lo anterior, me permito informarle los datos correspondientes a las fechas en las cuales fueron enviados los mismos a la Dirección General del Presupuesto Nacional...»<sup>740</sup>.*

---

<sup>740</sup> Comunicación número 003485 de marzo 19 de 2003, suscrita por el Secretario General (E) de BANCOLDEX, Dr. José Alberto Garzón Gaitán.

Por su parte, la CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA "CIAC S.A." nos responde de la siguiente manera: *"En respuesta al Derecho de Petición, me permito enviar las comunicaciones remitidas al Departamento Nacional de Planeación sobre presentación de los proyectos de distribución e inversión de utilidades por ejercicios, de los años 1997 a 2001 de la 'CIAC S.A.', así:..."*<sup>741</sup>.

GRANAHORRAR responde al respecto lo siguiente: *"En relación con la pregunta relacionada con la distribución de utilidades y el concepto solicitado al CONPES, anexo copias de las comunicaciones dirigidas a la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Jefe de la Unidad de Inversiones Públicas del Departamento Nacional de Planeación, con fecha 12 de abril de 2002, en donde para los efectos derivados de los artículos 97 del Decreto N° 111 de 1996 y 1° del Decreto N° 205 de 1997, el Presidente del Banco Granahorrar informó sobre la utilidad de la entidad al cierre del 31 de diciembre de 2001, y del proyecto de distribución de utilidades presentado por la administración a la Asamblea General de Accionistas. Hasta el momento no se ha recibido respuesta."*

En el mismo sentido recibimos comunicación por parte de CORABASTOS, así: *"En atención a su derecho de petición de la referencia, comedidamente me permito hacerles llegar copia de la documentación concerniente a los puntos 1 y 2 de su oficio, espero que esta información les sea útil y pertinente"*<sup>742</sup>.

La FEN atiende a nuestra consulta de la siguiente manera: *"conforme a lo señalado por el Decreto 111 de 1996 (sic) la FEN ha remitido anualmente al CONPES los estados financieros con el proyecto de distribución de utilidades de*

---

<sup>741</sup> Comunicación número 1262 (GE/057-OCI/CIAC) de marzo 21 de 2003, suscrita en Bogotá D.C. por el Gerente de dicha entidad, Dr. Alberto Meléndez.

<sup>742</sup> Comunicación número 005083 del 13 de agosto de 2002, firmada por el Secretario General y Jurídico (E), Dr. Edgar Zapata Bamos.

*cada ejercicio, en el que ha dejado a disposición de este organismo la decisión de distribuir en efectivo las utilidades que le corresponden a la Nación de acuerdo con su participación accionaria en la FEN.*

*Sin embargo, la FEN solicitó al CONPES que las utilidades que le correspondían a la Nación en años 1999 y 2000 fueran reasignadas al patrimonio de la Financiera, conforme a lo señalado en las comunicaciones VS.003116 de julio de 2000 y p-002161 de agosto 10 de 2001, solicitud que sólo fue aceptada por dicho ente para el año de 1999 según consta en el documento CONPES N° 3095 de noviembre 15 de 2000”<sup>743</sup>*

**16.3.5 Excedentes financieros hacen unidad de caja en el Presupuesto General de la Nación, siendo recursos de propiedad de ésta.** El artículo 16 del Decreto-Ley 111 de 1996 dispone lo siguiente:

*Artículo 16. Unidad de Caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.*

*Parágrafo 1°. Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones para fiscales.*

*Parágrafo 2°. Los rendimientos financieros de los Establecimientos Públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la Dirección del Tesoro Nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente Ley. Exceptuase los obtenidos con los recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico (Ley 38 de 1989, artículo 12, Ley 179 de 1994, artículo 55, incisos 3°, 8° y 18, Ley*

---

<sup>743</sup> Comunicación número 0832 del 20 de marzo de 2003, suscrita por la Secretaria General de dicha entidad, Dra. María Clara Garrido Garrido.

225 de 1995 artículo 5°).

En este punto vemos como se reguló únicamente la consignación de los excedentes financieros, y, a priori, podría llegar a concluirse que los recursos que pertenecen a la Nación como consecuencia de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta nunca harán parte del Presupuesto General de la Nación.

Sin embargo, eso no es lógico, puesto que al repartir utilidades a los accionistas públicos de las sociedades de economía mixta en forma de dividendos, esos recursos deberían destinarse de la misma forma que los excedentes financieros, debido a que, si se reparten como dividendos, es porque ya hubo unos recursos que se destinaron a la empresa (sean en forma de reserva o de capitalización), y el destino de estos dividendos debe ser el ser parte, si es el caso, del Presupuesto General de la Nación y ser consignados en la Dirección del Tesoro Nacional. Esto quiere decir que, en el momento en que las utilidades se asignan a los socios públicos de las sociedades de economía mixta, dichos recursos se convierten en excedentes financieros y deberán seguir el mismo destino que el Decreto-Ley 111 de 1996 y demás normas le dan a esos recursos.

**16.3.6 Los excedentes financieros hacen parte de los recursos de capital en el Presupuesto General de la Nación.** El artículo 31 del Decreto-Ley 111 de 1996 dispone lo siguiente:

*Artículo 31. Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las empresas industriales y comerciales del Estado del Orden Nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía*

*que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.*

*Parágrafo. Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subgrupos de que trata este artículo (Ley 38 de 1989, artículo 21, Ley 179 de 1994, arts. 13 y 67).*

En este artículo el Legislador confundió los excedentes financieros con las utilidades, puesto que señala que las sociedades de economía mixta pueden producir excedentes financieros, es decir, que pueden ser sociedades **no societarias** con participación en el capital social exclusivamente por parte del Estado, al tenor de lo que el mismo Decreto-Ley 111 de 1996 dispone, lo cual es ilógico desde todo punto de vista, puesto que una cosa es que las utilidades que corresponden a los socios públicos de las sociedades de economía mixta puedan llegar a ser o sean tratados como excedentes financieros, y otra muy distinta es que las sociedades de economía mixta dejen de ser sociedades que posean tanto participación estatal como participación de particulares en su capital social, siendo algo que, en nuestra actual legislación, solamente podrá pasar si el capital de la sociedad es enteramente Estatal, y en ese momento dejará de ser sociedad para ser empresa industrial y comercial del Estado, bien sea societaria o no societaria.

Entonces, si nos encontramos frente a las actuales sociedades de economía mixta, siempre serán **sociedades** en las cuales la participación en el capital social es tanto pública como privada, y no entidades no societarias, puesto que desde su propio nombre, en todos los casos, entendemos que nos encontramos frente a verdaderas sociedades y, en consecuencia, siguiendo lo estipulado por el artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996, siempre que se hable de sociedades de economía mixta se entenderá que producen **utilidades** y no excedentes financieros, salvo que siempre que el Decreto-Ley 111 de 1996 hable de excedentes financieros se refiera tanto a éstos como a utilidades que pertenecen a la Nación por su participación en el capital social de las sociedades de economía mixta.

**16.3.7 Consignación de los excedentes financieros a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional.** El artículo 13 del Decreto 630 de 1996 dispone lo siguiente:

*Artículo 13o. Los excedentes financieros del ejercicio fiscal anterior de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, deberán ser consignados a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, en la cuantía y fecha establecidas por el CONPES. El incumplimiento en dicho plazo, generará intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, certificada por la Superintendencia Bancaria, liquidados sobre el saldo insoluto de la obligación.*

Consideramos que éste artículo es inexacto, puesto que, interpretándolo literalmente, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta societarias no estarían en la obligación de consignar las utilidades, que generen en el ejercicio fiscal anterior, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional en la cuantía y fecha establecidas por el CONPES para tal efecto. En consecuencia, para que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta societarias tengan la obligación de consignar sus utilidades pertenecientes a la participación estatal en dichas sociedades conforme lo dispuesto por el artículo citado, éste se deberá leer y entender de la siguiente forma: “Los excedentes financieros y las utilidades del ejercicio fiscal anterior de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, según sea el caso, deberán ser consignados a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, en la cuantía y fecha establecidas por el CONPES. El incumplimiento en dicho plazo, generará intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, certificada por la Superintendencia Bancaria, liquidados sobre el saldo insoluto de la obligación”.

**16.3.8 Conclusiones.** En resumen, tenemos que el marco legal de la distribución de utilidades o excedentes financieros de las sociedades de economía mixta está

contenido en las normas citadas del Decreto-Ley 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, del Decreto 205 de 1997 y del Decreto 630 de 1996. De este marco legal, podemos concluir lo siguiente:

- a) Es un craso error la inexactitud ampliamente difundida en la legislación que regula lo referente a la distribución de utilidades de las sociedades de economía mixta, puesto que confunden excedentes financieros con utilidades.
- b) Entonces, debemos concluir que cuando el marco legal de las utilidades de las sociedades de economía mixta se refiera a excedentes financieros, lo hacen de dos formas:
  - 1) Cuando hablan de empresas industriales y comerciales del Estado no societarias se señala que producen excedentes financieros y no utilidades, los cuales son de propiedad de la Nación, como ya fue explicado.
  - 2) Por consiguiente, al momento de repartir las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta, la parte que corresponda a la Nación tendrán el trato que se les da a los excedentes financieros, y será de la siguiente forma:
    - 2.1) Cuando el inciso primero del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996 ordena que de los excedentes financieros generados por empresas industriales y comerciales del Estado no societarias se deben asignar mínimo el 20 por ciento al establecimiento que los generó, las utilidades repartidas a los socios públicos de las sociedades de economía mixta (utilidades que van a tener trato de excedentes financieros) deberán respetar esa asignación mínima del 20 por ciento al constituir reservas o capitalizar esos recursos dentro de las sociedades de economía mixta.

- 2.2) Frente al 80 por ciento restante de los excedentes financieros generados por empresas industriales y comerciales del Estado no societarias, de acuerdo con el inciso primero del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996, esos recursos harán parte del Presupuesto Nacional respetando la asignación mínima del 20 por ciento a la empresa que haya generado dicho excedente.

En el caso de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta que sean asignadas a los socios públicos de dichas sociedades, luego de realizar las correspondientes capitalizaciones y reservas con esos recursos, quedará (en caso tal) un remanente máximo que no será distinto al 80 por ciento de que trata del artículo ya citado, y, entonces, ese remanente también hará parte del Presupuesto Nacional, siempre y cuando se haga una asignación mínima del 20 por ciento que en este caso se deberá destinar, como ya lo señalamos, a realizar las correspondientes capitalizaciones y reservas, teniendo en cuenta lo impartido por el CONPES al respecto, de acuerdo con lo señalado por el inciso tercero del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996.

- c) Entonces, tenemos que cada vez que las normas reseñadas del Decreto-Ley 111 de 1996, 205 de 1997 y 630 de 1996 se refieran a los excedentes financieros, debemos entender que se refieren tanto a los recursos generados por las empresas industriales y comerciales del Estado no societarias, como a la parte que pertenece a la Nación de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta., en la forma en que ya quedó explicada.
- d) Consideramos que las normas que fueron señaladas dentro de éste capítulo son muy generales, y se dejan por fuera situaciones como la enunciada en el punto 2° acerca de la diferenciación entre excedentes financieros y utilidades.
- e) La legislación sobre la distribución de utilidades de las sociedades de economía



mixta está contenida en tres Decretos, a parte de lo ordenado por el Código de Comercio, por lo que proponemos que esas normas, y en general la totalidad de normas que regulan las sociedades de economía mixta, sean compiladas en un solo Estatuto, para obtener una mayor claridad al momento de consultarlas y/o revisarlas.

- f) Sin perjuicio de las consideraciones que se realicen posteriormente, creemos que con éste marco legal se limita el papel de los representantes de los Ministerios a los cuales las sociedades de economía mixta del Orden Nacional están vinculadas, puesto que ellos simplemente son voceros de las instrucciones impartidas por el CONPES, debido a que el CONPES no tiene como obligatorio el concepto del que trata el inciso final del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996, debiendo ser obligatorio, siempre y cuando se presente a tiempo, puesto que dicho concepto lo emite quien está más cercano a la realidad de lo que tienen y de lo que es prioritario para las sociedades de economía mixta del Orden Nacional.
  
- g) Consideramos, además, que lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 205 de 1997 es muy benévolo con el CONPES, debiendo éste tener una sanción más severa cuando no ha impartido las instrucciones respecto de la destinación que debe dársele a las utilidades que correspondan a las entidades Estatales por su participación en el capital de las sociedades de economía mixta del Orden Nacional. Una de éstas sanciones podría ser, por ejemplo, que se destinaran conforme a lo señalado en el concepto, que el representante legal de cada sociedad de economía mixta debe remitir al CONPES, acerca de las implicaciones de la asignación de las utilidades sobre los programas y proyectos de cada sociedad de economía mixta, siempre y cuando dicho concepto haya sido presentado a tiempo.

### **16.3.9 Demanda pública de inconstitucionalidad contra los artículos 31 y 97**

**del Decreto-Ley 111 de 1996.** Durante el año 2002 cursó, ante la Corte Constitucional, una Demanda Pública de Inconstitucionalidad<sup>744</sup> en la que se solicita la declaratoria de inexecutable del artículo 13 de la Ley 179 de 1994 y del artículo 6 de la Ley 225 de 1995, los cuales fueron recogidos por los artículos 31 y 97 del Decreto-Ley 111 de 1996 (dichos artículos fueron transcritos anteriormente)<sup>745</sup>.

Debido a que esta Demanda Pública de Inconstitucionalidad tiene que ver con el tema que se trata en el presente capítulo, procedemos a resumir los cargos expresados en dicha Demanda. El actor, luego de una breve reseña sobre la distinción entre ingresos corrientes y recurso de capital, la noción de ingresos corrientes, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, las utilidades y excedentes financieros de las anteriores, y la naturaleza de las disposiciones del Decreto-Ley 111 de 1996, resume los cargos que nos interesan frente al tema de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta, de la siguiente manera:

---

<sup>744</sup> Expediente número D-4055. Norma Acusada: Ley 179 de 1994, artículo 13, Ley 225 de 1995, artículo 6, Decreto Especial 111 de 1996, Estatuto Orgánico de Presupuesto Nacional. Actor: Mario Roberto Molano López.

<sup>745</sup> Los siguientes apartes subrayados de los artículos 31 y 97 del Decreto 111 de 1996 son los que el actor solicita sean declarados inexecutable por parte de la Corte Constitucional:

1. Artículo 31. Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las Empresas industriales y comerciales del Estado del Orden Nacional y de las Sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.
2. Artículo 97. Los excedentes financieros de las Empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional no Societarias, son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará, por lo menos, el 20% a la empresa que haya generado dicho excedente.

- a) La determinación de los ingresos corrientes de la Nación no es una mera actividad presupuestal sino que, adicionalmente, es un concepto que hace parte del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales especialmente protegido y valorado por la Constitución Política de 1991.
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta son unidades, según la Ley, de explotación industrial o comercial y de gestión económica que, como los comerciantes, inspiran su actividad en el ánimo de lucro y en la consecución de utilidades periódicas y rutinarias.
- c) Tales unidades de explotación económica estatal son de carácter permanente o indefinido, pues son creadas y autorizadas por la Ley para cumplir un objeto público, pero, en todo caso, para generar unos productos de naturaleza económica y financiera de manera indefinida y de manera regular, pues, con su creación, el Estado no solamente persigue un bien adicional sino, adicionalmente, el ánimo de lucro que le permite conseguir recursos con el mismo estatuto de los comerciantes
- d) Por reunir los anteriores elementos, las utilidades de las entidades descentralizadas y desconcentradas del Estado, que se transfieren al Presupuesto General de la Nación en cada vigencia fiscal, y previa la elaboración del Presupuesto anual, deben ser considerados y clasificados como ingresos corrientes.
- e) En consecuencia, las utilidades o réditos o bienes que generen regularmente estas unidades de explotación económica del Estado, gozan de las características contempladas como esenciales por la Corte para definir los ingresos corrientes y beneficiar así el gasto social.

- f) Por consiguiente, el legislador orgánico no puede a su arbitrio, y desconociendo dicha naturaleza, clasificar con el criterio respectivo de rentas de capital, productos que por su naturaleza, corresponden a disponibilidades normales y permanentes del Estado.

Nosotros estamos de acuerdo con el demandante en su apreciación frente a las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta, según la cual las utilidades deben corresponder a ingresos corrientes, toda vez que cumplen con los requisitos enumerados por el demandante en los puntos b) y c) de la página anterior. Sin embargo, consideramos que el actor no tiene muy en claro cual es la diferencia entre excedentes financieros y utilidades.

Si el actor tuviese clara esa diferencia, creemos que su conclusión debería ser otra, puesto que, al hablar de las empresas industriales y comerciales del Estado, no tiene en cuenta que las utilidades o excedentes financieros que producen éstas, según sea el caso, pertenecen enteramente a la Nación, puesto que es su único dueño, o por hacer parte del capital de las sociedades de economía mixta. Entonces, si pertenecen enteramente a la Nación, y si tenemos en cuenta, como ya quedo explicado, que tanto el Decreto-Ley 111 de 1996 como las demás normas que regulan las utilidades generadas por las empresas industriales y comerciales del Estado como por las sociedades de economía mixta, según sea el caso, parecen tratar a las utilidades pertenecientes a la Nación, por su participación en el capital de las sociedades de economía mixta, como excedentes financieros, tendremos que concluir que lo expresado por el actor se aplica simplemente a las utilidades de propiedad de los particulares por hacer parte del capital de las sociedades de economía mixta, y frente a los excedentes financieros, bien sean los que generan las empresas industriales y comerciales del Estado (sean estas societarias o no) como los que le pertenecen a la Nación por su participación en el capital de las sociedades de economía mixta, siempre y cuando se cumpla lo establecido por el inciso 1° del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996, serán

inexorablemente rentas de capital.

En resumen, las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta serán ingresos corrientes únicamente en la proporción que pertenezca a los particulares por su participación en el capital de éstas, y las utilidades que pertenecen a la Nación, al tener el trato de excedentes financieros según lo observado en los Decretos ya citados, serán rentas de capital. Lo anterior debido a que los excedentes financieros, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996, en una proporción máxima del 80 por ciento, son siempre rentas de capital y, por ende, formarán parte del Presupuesto General de la Nación, como lo establece claramente el citado artículo.

En este orden de ideas, consideramos que la Corte Constitucional debería declarar la inexecutable de la primera de las normas demandadas (artículo 31 del Decreto-Ley 111 de 1996), exhortando al Legislador para, contando con la iniciativa del Gobierno, expedir una nueva norma en la que se distinga entre utilidades y excedentes financieros, de acuerdo con lo ya expuesto, y, en segundo lugar, declarar la executable de la segunda de las normas demandadas (artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996) por las razones ya señaladas.

El trámite de esta acción pública de inconstitucionalidad culminó el 22 de octubre de 2002 con la expedición de la Sentencia C-892 de 2002, con ponencia del Dr. Alfredo Beltrán Sierra. En esta sentencia, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“3. La Constitución y los ingresos corrientes y recursos de capital. Facultad del legislador en la clasificación respectiva.*

*“El presente examen se hará resolviendo la siguiente pregunta: ¿violó el legislador los artículos 268 (sic), 356, 357 y 358 de la Constitución al incluir los excedentes de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta en las rentas de*

capital?

No, por razones que se explican a continuación:

No hay violación de los artículos constitucionales señalados por el actor pues, ninguno de ellos establece expresamente cuáles son los ingresos corrientes y cuáles son las rentas de capital. Tal definición la delegó el constituyente al legislador, y, éste al desarrollar estas funciones no incurrió en ninguna vulneración de las disposiciones mencionadas. Estas afirmaciones se desarrollan de la siguiente manera.

En primer lugar hay que advertir que dentro de las disposiciones constitucionales supuestamente violadas, el actor relaciona el artículo 268 de la Carta, pero como este artículo se refiere a las atribuciones del Contralor, y nada tiene que ver con el tema objeto de este proceso, la Sala no se detendrá en el examen de esta norma.

Sobre los demás artículos por él mencionados, 356, 357 y 358 de la Carta, es bueno observar que ni antes del Acto Legislativo 01 de 2001, que modificó los artículos 347, 356 y 357, ni ahora, bajo la vigencia del mismo (1º de enero de 2002), la Constitución ha señalado en qué consisten los recursos corrientes y los ingresos de capital.

Es más, la referencia general de los artículos de la Constitución que se refieren a los ingresos corrientes y a las rentas o ingresos de capital son los siguientes:

Aluden a los ingresos corrientes, las siguientes disposiciones constitucionales, así : el artículo 321, inciso final, sobre los aportes del departamento y los municipios a las provincias que se constituyan con municipios o territorios indígenas; el artículo 331, inciso final, concerniente a la creación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena; el actual artículo 356 (Acto Legislativo 01 de 2001), que trata de los recursos, en general, del Sistema General de Participaciones; el actual artículo 357 (Acto Legislativo 01 de 2001), incisos primer y segundo, sobre la fórmula para calcular el monto del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, y la exclusión de los tributos que se arbitren con ocasión de la declaración de estados de excepción, para efectos del cálculo correspondiente; los parágrafos transitorios 1 y 3 del mismo artículo 357; y, el artículo 358 que debe entenderse que hace referencia al actual sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, de que trata el Acto Legislativo mencionado.

Sobre los ingresos o rentas de capital, la única mención que la Constitución hace a éstos, se encuentra en el artículo 358 para excluirlos del sistema

*general de participaciones, que antes correspondía al denominado situado fiscal.*

*De este recorrido general, queda una clara conclusión, en el sentido de que no existe disposición constitucional que señale expresamente en qué consisten los conceptos en mención. De allí que quienes intervinieron en este proceso consideraran que tal facultad se difirió al legislador orgánico.*

*La Corte comparte esta interpretación y estima que el legislador, mediante la expedición de la respectiva Ley orgánica de presupuesto, tiene la facultad de clasificar estos conceptos, con relativa amplitud, según los parámetros impuestos por la Constitución no sólo en cuanto a las leyes orgánicas sino respecto de los fines del Estado, como se verá en el siguiente punto.*

*4. El Estatuto Orgánico de Presupuesto y la facultad de clasificar cuáles son los ingresos corrientes y cuáles son las rentas de capital.*

*4.1 El artículo 13 de la Ley 179 de 1994, acusado parcialmente, hace parte del denominado Estatuto Orgánico de Presupuesto, Estatuto expedido en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 151 y 352 de la Constitución.*

*(...)*

*4.3 Ubicado el carácter de las disposiciones acusadas en este proceso, como haciendo parte de la Ley Orgánica de Presupuesto, el análisis respectivo consiste en saber si el legislador, en este caso, gozaba de amplias facultades para incluir dentro de las rentas de capital, los excedentes de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta.*

*La respuesta inmediata, para la Corte es que sí, porque hacer esta clase de clasificaciones dentro de la Ley Orgánica de Presupuesto es una función connatural a la exigencia que la Constitución confirió al legislador en cuanto que mediante esta Ley se regulará todo lo concerniente a la programación, modificación, ejecución de los presupuestos (art. 352 de la Constitución).*

*De otro lado, el legislador al incluir los excedentes de las empresas y sociedades de que trata el artículo acusado, bajo el criterio de la regularidad o no de tales ingresos, no constituye una violación de los artículos constitucionales, por la elemental razón, de que este criterio de la regularidad es ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, ante la falta de clasificación expresa por parte de la Constitución.*

*4.4 En efecto, la jurisprudencia de la Corte respecto de la distinción entre ingresos corrientes y rentas de capital, ha señalado que de los artículos 150, numeral 11, y del artículo 345, de la Carta, se permite deducir que la*

*clasificación de la renta se elabora atendiendo especialmente el concepto de la regularidad o no del ingreso.*

*(...)*

*4.5 Entonces, al respecto, es posible sostener que la clasificación de la renta (ingresos corrientes y recursos de capital) elaborada por el legislador orgánico “atendiendo especialmente la regularidad del ingreso” (sentencia C-308 de 1994), corresponde al ejercicio de la cláusula general de competencia de que goza el Congreso y no viola la Carta.*

*4.6 Es más, prueba de la amplia facultad de que goza el legislador para hacer esta clasificación, radica en que si, de acuerdo con el desarrollo de la economía del país en asuntos comerciales y financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta, el legislador advierte que se reúnen los elementos para estimar que los excedentes que ellas produzcan se dan con la regularidad y permanencia correspondientes, puede, perfectamente, decidir que tales excedentes, o una parte de ellos, no se incluyan dentro de los recursos de capital y se incluyan como ingresos corrientes. Obvio que una decisión de esta naturaleza tendría que hacerla el legislador a través de una Ley orgánica.*

*4.7 Sólo resta mencionar el argumento del actor respecto de que las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta tienen como único fin el ánimo de lucro, y que por ello, siempre existirán utilidades o excedentes financieros, en forma regular que es posible prever.*

*Esta afirmación del demandante, como lo advirtieron los intervinientes en el presente proceso, desconoce que existen empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que no siempre comportan utilidades para el Estado pero que, en razón del objeto que desarrollan, deben existir. Por ejemplo, empresas de aviación (Satena) que van lugares a los que las privadas no irían. O de comunicaciones, como Telecom, que prestan el servicio de telefonía en lugares del país o bajo condiciones especiales, que en lugar de producir alguna utilidad en la prestación del servicio, lo que genera son gastos. Lo mismo se puede decir en relación con el servicio bancario que prestaba la Caja Agraria, hoy Banco Agrario, o con el servicio de correspondencia, Adpostal.*

*Lo que la Corte quiere resaltar en este punto es que al contrario de lo afirmado por el actor, la existencia de estas empresas o sociedades no depende necesariamente de las utilidades que produzcan.*

*Esta situación particular de algunas de ellas, es lo que permite reforzar la*



*constitucionalidad, bajo las actuales condiciones económicas del país, de que las utilidades que las entidades en mención no son regulares, predecibles, rutinarias. Es decir, no hay certeza de que se produzcan cada año y en qué monto (el resaltado es nuestro).*

*En conclusión, la inclusión del excedente financiero en las rentas de capital de que trata el artículo 13 de la Ley 179 de 1994, no vulnera ninguno de los artículos señalados por el actor, artículos 268 (sic), 356, 357 y 358 de la Constitución, por las razones expresadas.*

*4. Inhibición respecto de otros apartes acusados.*

*(...)*

*Por ello, la Corte se inhibirá de pronunciarse sobre su exequibilidad.*

*4.2 Adoptará la misma decisión respecto de lo acusado en el artículo 6 de la Ley 225 de 1995, en lo concerniente a las facultades que se le otorgan al Conpes pues, el cargo, según se observa a folio 14 del escrito de demanda, se reduce a manifestar su desacuerdo con la atribución allí contenida, dado que la Ley que creó el Conpes, Ley 19 de 1958, le atribuyó la misión fundamental de recomendar al Gobierno la política económica y social. En cambio, al tenor del artículo 6 de la Ley 225 en mención, se le otorga “un poder decisorio e incluso con capacidad jurídica para expedir actos administrativos, lo que no corresponde a la competencia del organismo asesor.” (fl. 14)*

*Como se puede fácilmente observar, el actor no mencionó siquiera una disposición de orden constitucional que fuera violada, ni, mucho menos, explicó el concepto de violación con la Carta. Se limitó a remitirse a la creación en el año de 1958, con otra clase de funciones distintas a las establecidas en el artículo acusado.*

*En consecuencia, la Corte se inhibirá, también, de pronunciarse sobre esta disposición, en lo acusado, por carencia del cumplimiento de los requisitos mínimos para hacerlo.*

*En conclusión: la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden Nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga”, contenida en el artículo 13 de la Ley 179 de 1994, que corresponde al artículo 31 del Decreto 111 de 1996 (sic), sólo por los cargos estudiados.*

*Se inhibirá de pronunciarse sobre las expresiones “y las utilidades del Banco de la República, descontadas de las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.”, contenida en el artículo 13 de la Ley 179 de 1994 y “El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará la cuantía que*

*hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará, por lo menos, el 20% a la empresa que haya generado dicho excedente.”, contenida en el artículo 6 de la Ley 225 de 1995, por ineptitud sustancial de la demanda.”<sup>746</sup>*

Como el lector puede observar, la H. Corte Constitucional no ha entrado a analizar en profundidad los temas que fueron expresados en la demanda, y simplemente se quedó en el tema de la competencia que tenía el Legislador de clasificar o no las rentas de capital, para concluir que sí se podía agrupar las rentas de capital en la forma como se realizó en el Decreto-Ley 111 de 1996.

Aunque nos hemos quedado a la expectativa de un pronunciamiento más a fondo sobre las utilidades y/o excedentes financieros como ingresos corrientes y/o rentas de capital en esta sentencia, sí podemos rescatar lo siguiente: la Corte Constitucional parece ratificar lo que ya ha señalado en oportunidades anteriores, es decir, que lo esencial a la hora de hablar de sociedades de economía mixta es la composición del capital social (es decir, que en él participen tanto los particulares como el Estado), y no la generación habitual de utilidades.

Sin embargo, consideramos que, en la práctica, si el particular encuentra que, por el hecho de crear una empresa (en este caso sociedad de economía mixta) no siempre va a recibir utilidades (entiéndase ganancias), el “negocio” no va a llamar mucho su atención y, por esa razón, simplemente no invertirá en este tipo de sociedades puesto que, aunque es cierto que uno de los riesgos que se corren al crear una sociedad es la falta de certeza sobre la generación de ganancias o de pérdidas, no es menos cierto que la motivación del particular es generar ganancias y no el coadyuvar al Estado a cumplir los fines que le impuso la Constitución de 1991 al consagrar el Estado Social de Derecho.

---

<sup>746</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 de octubre 22 de 2002. p. 12-18.

Por esta razón, consideramos que, aunque no es obligatorio encontrarse con una generación periódica de utilidades para estar frente a una sociedad de economía mixta, sí es determinante para que los particulares consideren viable y rentable la inversión en sociedades de economía mixta, y que la realicen, que dicho tipo social, que puede ser considerado como una actividad monopólica, poco competitiva o poco explotada a nivel nacional, y, por ende, muy rentable, genere utilidades en forma regular o que se pueda prever.

#### **16.4 PAPEL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA Y LA NACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS EXCEDENTES FINANCIEROS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

En la siguiente tabla<sup>747</sup> se encuentra el cronograma de actividades relacionadas con la liquidación y distribución de excedentes financieros y utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

---

<sup>747</sup> Basado en el documento del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION denominado "*Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas*". Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. p. 7.

**Tabla 24. Cronograma de Actividades**

Actividad	Fecha	Dic. ant.	Ene	Feb	Mar	Abr.	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov
Cierre contable vigencia anterior													
Envío de Estados Financieros al DNP y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General del Presupuesto													
Envío del proyecto de repartición de utilidades al DNP y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General del Presupuesto <sup>748</sup>													
Liquidación y distribución de Excedentes y Utilidades (DNP – Minhacienda)													
Documento CONPES aprobado - liquidación y distribución de excedentes y utilidades													
Consignación de excedentes y utilidades en la Dirección del Tesoro										Sujeto al pronunciamiento del CONPES			

De acuerdo con el anterior cronograma, podemos señalar las siguientes

<sup>748</sup> Conforme al artículo 422 del Código de Comercio, si no se convoca la reunión de asamblea de accionistas, ésta se deberá celebrar el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad, es decir, se deberán remitir los proyectos de distribución de utilidades al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a mas tardar, antes del 1° de marzo.

Dicho artículo 422 dispone: “Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, para examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social.

“Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad.

“Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión” (el resaltado es nuestro).

intervenciones:

**16.4.1 Intervención de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en el proceso de distribución de utilidades<sup>749</sup>. Sus intervenciones las podemos resumir de la siguiente forma:**

a) Las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, al cierre del ejercicio contable anual, deben enviar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación los siguientes Estados Financieros y sus respectivas notas<sup>750</sup>:

- 1) Balance General
- 2) Estado de Resultados o de Ganancias o Pérdidas
- 3) Estado de Flujo de Efectivo
- 4) Estado de Cambios en la Situación Financiera
- 5) Estado de Cambios en el Patrimonio

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta deben enviar al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda los Estados Financieros definitivos con corte a 31 de diciembre del año anterior, a más

---

<sup>749</sup> Basado en el documento del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION denominado "*Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas*". Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. Página 7.

<sup>750</sup> Sobre las notas, el artículo 36 de la Ley 222 de 1995 señala que "los estados financieros estarán acompañados de sus notas, con las cuales conformarán un todo indivisible. Los estados financieros y sus notas se prepararán y presentarán conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados".

Para la preparación de las notas, el Doctor José Ignacio Narvárez García (obra citada, página 213) señala que "el artículo 114 del Decreto 2649 de 1993 traza estas pautas:

1. Cada una debe aparecer identificada con números o letras y debidamente titulada.
2. Se deben referenciar adecuadamente en el cuerpo de los estados financieros.
3. Deben identificar la sociedad y resumir sus prácticas, políticas y asuntos de importancia relativa.
4. Han de presentarse en una secuencia lógica, si fuere posible en el mismo orden de los rubros de los estados financieros."

tardar el 31 de marzo de cada año.

Si las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta incumplen lo anterior, pueden ser objeto de imposición de multas, por parte de las Superintendencia a cuyo cargo esté la vigilancia de la correspondiente entidad, o en su defecto, por la Procuraduría General de la Nación.

- c) Las empresas industriales y comerciales del Estado societarias y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas deben enviar a más tardar con un mes de antelación a la fecha de celebración de la respectiva Asamblea, el proyecto de distribución de utilidades, con base en Estados Financieros fidedignos con corte a 31 de diciembre del año precedente, al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Lo anterior, con el fin de que el CONPES pueda impartir instrucciones respecto a la destinación que debe dársele a las utilidades que le corresponden a las entidades estatales nacionales por su participación en éstas empresas o sociedades.

En el mismo sentido, el proyecto de distribución de utilidades que envíen entidades que tengan más de un ejercicio contable, debe corresponder al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, y se debe remitir al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante los dos primeros meses del año, con la misma anticipación prevista respecto a la fecha de celebración de la asamblea (un mes).

- d) Adicionalmente, los Estados Financieros mencionados deben estar aprobados por la Junta u órgano directivo competente de la empresa.

No debemos olvidar que esta función está consagrada, para las Asambleas o

Juntas de Socios y Administradores, en términos generales, por el numeral 2° del artículo 187 del Código de Comercio.

- e) En el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras, dichos Estados deben contar, además, con la aprobación de la Superintendencia Bancaria, por lo cual si antes del plazo máximo establecido para su envío aún no tienen este visto bueno, se remitirá la información provisional indicando que tiene ese carácter. Posteriormente, una vez la Superintendencia Bancaria de concepto acerca de los Estados Financieros, se acojan las recomendaciones de este ente de vigilancia y se realicen los ajustes respectivos, deberán volverse a remitir los Estados Financieros para hacer un cálculo definitivo de los Excedentes o las Utilidades, según corresponda<sup>751</sup>.
- f) En el caso de los excedentes financieros, para la elaboración del pronóstico de efectivo<sup>752</sup> se toma como base el presupuesto vigente de la empresa, así como la ejecución presupuestal de los ingresos y gastos, que las entidades deben enviar mensualmente al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

---

<sup>751</sup> Lo anterior debido a especial control, inspección y vigilancia que tiene la Superintendencia Bancaria frente a las entidades que prestan servicios financieros o poseen actividades financieras.

<sup>752</sup> “Dado que el excedente financiero así liquidado (al patrimonio se le resta el capital social, la reserva legal y el superávit por donaciones, y ese resultado dará el excedente financiero, del cual el 80% es factible de ser distribuido y el 20% restante debe ser asignado a la empresa) contiene cuentas del balance que no están representadas en el efectivo, tales como las valorizaciones, superávit y otras reservas, existe el riesgo de inducir descapitalizaciones en las entidades. Por lo anterior, se hace necesario incluir un análisis de la situación de liquidez de cada una de las entidades para determinar la disponibilidad de los recursos que se transferirían a la Nación.

“Para la elaboración del análisis de liquidez, se realiza un **pronóstico de efectivo**, el cual se basa en una proyección de los ingresos y de los gastos, para la vigencia siguiente a la de corte de los Estados Financieros, en donde se incluyen además las cuentas por cobrar y por pagar de la empresa. El principal propósito de este análisis es establecer el monto de recursos que estarían disponibles para el accionista” (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. Página 4).

g) De acuerdo con el artículo 13 del Decreto 630 de 1996, los Excedentes Financieros del ejercicio fiscal anterior de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, deberán ser consignados a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, en la cuantía y fecha establecidas por el CONPES. El incumplimiento de este plazo, genera intereses de mora a la tasa máxima legal, certificada por la Superintendencia Bancaria, liquidados sobre el saldo pendiente de la obligación<sup>753</sup>.

De lo establecido por el artículo anteriormente citado, entendiéndolo en la forma anteriormente señalada, podemos inferir que las empresas industriales y comerciales del Estado, como las sociedades de economía mixta, al estar obligadas a consignar, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, los excedentes financieros del ejercicio fiscal anterior, deberán pagar los intereses generados al incumplir lo ordenado por la norma anteriormente transcrita.

**16.4.2 Intervención del Consejo Nacional de Política Económica y Social en el proceso de distribución de utilidades** El Consejo Nacional de Política Económica y Social fue creado por la Ley 19 de 1958. Esta entidad es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo **económico y social del país**. Para lograr lo anterior, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión.

---

<sup>753</sup> En este punto es importante recordar el comentario realizado en el punto 16.3.7, el cual se dirige a hacer caer en cuenta al lector de la inexactitud cometida por el artículo 13 del Decreto 630 de 1996 al solo referirse a los excedentes financieros y dejar por fuera las utilidades generadas por las Empresas Industriales y Comerciales de Estado y las Sociedades de economía mixta.



El CONPES actúa bajo la dirección del Presidente de la República, y está compuesto por los Ministros de Relaciones Exteriores, Hacienda, Agricultura, Protección Social, Transporte, Comercio, Industria y Turismo, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial<sup>754</sup>, y Cultura, el Director del DNP, los gerentes del Banco de la República y de la Federación Nacional de Cafeteros, así como el Director de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior y el Director para la Equidad de la Mujer.

Por otro lado, existe el CONPES Social, el cual funciona de igual manera que el CONPES, pero varía en su composición, puesto que lo dirige el Presidente de la República y lo integran los Ministros de Hacienda, Educación, Protección Social, Agricultura, Transporte, Comercio, Industria y Turismo, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Secretario General de la Presidencia y el Director del Departamento Nacional de Planeación.

Dentro del proceso de distribución de utilidades de las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, encontramos las siguientes:

- a) El CONPES, con base en los proyectos de distribución de utilidades o excedentes financieros, que sean enviados al Departamento Nacional de

---

<sup>754</sup> El artículo 4° de la Ley 790 dispone: "FUSIÓN DEL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y EL MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO. Fusiónesse el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico y confórmese el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Los objetivos y funciones del Ministerio de Desarrollo y Comercio serán las establecidas para los ministerios fusionados.

"Cuando alguna de las funciones de los Ministerios fusionados deba ser realizada por otra entidad pública nacional, el Presidente de la República podrá reasignar dichas funciones en ejercicio de las facultades extraordinarias a las que se refiere el artículo 16 de la presente ley.

"Parágrafo. La formulación de políticas relativas al uso del suelo y ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial y urbano, así como la política habitacional integral necesaria para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Política, serán funciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Los organismos adscritos y vinculados relacionados con estas funciones, pasarán a formar parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial".

Planeación y a la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, bien sea que éstas compañías tengan uno o más ejercicios contables, y basándose en el proyecto de utilidades que, conforme al inciso 1° del artículo 85 del Decreto-Ley 111 de 1996, deben elaborar conjuntamente y enviarlo el Departamento Nacional de Planeación como la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debe impartir instrucciones respecto a la destinación que debe dársele a las utilidades y excedentes financieros que le corresponden a las entidades estatales Nacionales por su participación en dichas empresas o sociedades y además debe aprobar dicho proyecto de distribución, es decir, debe dar instrucciones sobre las utilidades que se capitalizarán o se reservarán y las que se repartirán a los accionistas como dividendos.

Ahora bien, si a la fecha de celebración de la Asamblea Ordinaria de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta societarias, el CONPES no ha impartido las instrucciones respecto a la destinación que debe dársele a las utilidades que corresponden a las entidades Estatales Nacionales por su participación en éstas empresas o sociedades, las utilidades que les correspondan deberán ser registradas en el patrimonio social como utilidades de ejercicios anteriores hasta que el CONPES decida sobre el particular y luego de haber apropiado los recursos correspondientes a la reserva legal y estatutaria, si fuere el caso de las respectivas empresas o sociedades.

- b) El CONPES, al adoptar las instrucciones a las que nos referimos anteriormente, debe tener en cuenta el concepto del representante legal, de cada una de las sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado, sobre las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades, según sea el caso, sobre los programas y proyectos de la

compañía correspondiente.

Lastimosamente, dicho concepto no tiene carácter obligatorio para el CONPES, y éste último podrá adoptar o impartir las instrucciones aún en ausencia del concepto del representante legal.

- c) El CONPES debe determinar la cuantía de los excedentes financieros que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional.
- d) Asimismo, el CONPES es quien debe determinar cuanto y cuando las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta deben consignar las utilidades y los excedentes financieros, según sea el caso, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional.

Debemos aclarar que no hay claridad en la Ley sobre quién debe recibir el concepto del Representante Legal sobre las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades, según sea el caso, sobre los programas y proyectos de la compañía correspondiente. Consideramos que dicho concepto deberá ser remitido al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público junto con el proyecto de repartición de las utilidades o excedentes financieros.

Consideramos que ese concepto del representante legal debería tener más peso, y la forma de dárselo es convirtiéndolo en obligatorio cuando el CONPES no imparta las instrucciones a las que ya hicimos referencia, para que, de acuerdo con las necesidades de cada compañía, y conforme al proyecto de distribución que el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda elaboren conjuntamente y presenten al CONPES, sean repartidas y destinadas dichas utilidades y excedentes financieros, según sea el caso.

**16.4.3 Intervención del Departamento Nacional de Planeación y de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el proceso de distribución de utilidades.** Debido a que su intervención en el proceso de distribución de utilidades es exactamente igual, hemos agrupado dichas intervenciones del Departamento Nacional de Planeación y de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>755</sup>.

El Departamento Nacional de Planeación es un departamento administrativo y, al igual que los ministerios, es uno de los organismos principales de la Administración Pública. Depende directamente de la Presidencia de la República y pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público.

Su misión es diseñar, hacer viable y controlar las políticas de desarrollo económico, social y ambiental del país, en coordinación con los ministerios y los entes territoriales.

Por su parte, la Dirección General del Presupuesto Público Nacional es un organismo que pertenece al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El inciso primero del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999 señala, como gran función de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público “la planeación, preparación, administración y coordinación del seguimiento del Sistema Público Presupuestal, del Presupuesto General de la

---

<sup>755</sup> Como el lector puede apreciar, el trámite, tanto del Presupuesto General de la Nación, como en general cualquier tipo de trámite presupuestal (como es el caso de la distribución de utilidades o excedentes financieros) debería estar unificado en una sola entidad, ya sea o bien en el Departamento Nacional de Planeación o bien en la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, puesto que no es lógico que el mismo trámite se lleve a cabo en dos entidades diferentes, lo que daría a entender que, en el caso de dichos trámites, no se están aplicando los principios de economía, eficiencia y eficacia que, según la Ley 489 de 1998, deberán ser tenidos en cuenta por la Administración Pública al desarrollar sus funciones.

Nación, del presupuesto de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta asimiladas a éstas, del presupuesto de las entidades públicas que administren fondos públicos del orden nacional y vigilar el manejo presupuestal de los recursos públicos administrados por entidades privadas”.

El numeral 18 del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999 señala como una de sus funciones la de “realizar el seguimiento del Presupuesto General de la Nación, el de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades asimiladas a éstas y el de las entidades públicas o privadas que administren fondos públicos del orden nacional”

En este orden de ideas, dentro del proceso de distribución de utilidades y excedentes financieros, según sea el caso, le corresponde al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto lo siguiente:

a) Recibir, a más tardar el 31 de marzo de cada año, de parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, los estados financieros definitivos con corte al 31 de diciembre del año anterior.

En caso de no ser cumplida la anterior disposición, procederá la Superintendencia a cuyo cargo esté la vigilancia de la correspondiente entidad, previa puesta en conocimiento de esta situación por parte del Departamento Nacional de Planeación y de la Dirección General del Presupuesto, a la imposición de multas. Estas multas pueden también, en su defecto, ser impuestas por la Procuraduría General de la Nación.

b) Recibir de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, a más tardar con un mes de antelación a la celebración de la Asamblea Ordinaria de Accionistas, el proyecto de distribución de utilidades

con base en estados financieros fidedignos con corte a 31 de diciembre del año precedente.

Consideramos que, como es lógico, junto con dicho proyecto de distribución, se debe remitir el concepto del Representante Legal sobre las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades, según sea el caso, sobre los programas y proyectos de la compañía correspondiente.

- c) Deben elaborar conjuntamente, para su presentación al CONPES, la distribución de los excedentes financieros y utilidades de los Establecimientos Públicos del orden Nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, según sea el caso.

Como podemos apreciar, tanto el Departamento Nacional de Planeación como la Dirección General del Presupuesto no tienen función distinta de coordinar la recolección del trabajo que deben realizar las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, para presentarle dicha información al CONPES, quien será el encargado de aprobar el proyecto conjunto de distribución y de impartir las instrucciones, a los representantes de la Nación, respecto a la destinación que debe dársele a las utilidades y excedentes financieros que le corresponden a las entidades estatales Nacionales por su participación en dichas empresas o sociedades.

**16.4.4 Intervención de las distintas Superintendencias que tengan a su cargo la vigilancia de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta**<sup>756</sup> El artículo 66 de la Ley 489 de 1998 define a las Superintendencias como “organismos creados por la Ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la Ley o mediante

---

<sup>756</sup> En esta misma obra véase el capítulo IX.

delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal”, siendo, al igual que las sociedades de economía mixta, y si tienen personería jurídica, entidades descentralizadas, según lo señalado por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, y, si no poseen personería jurídica, pertenecerán al sector central de la Rama Ejecutiva, según lo dispuesto por el artículo 38 numeral 1 literal e) de la Ley 489 de 1998.

Su intervención dentro del proceso de distribución de utilidades y excedentes financieros, según el caso, se limita a lo siguiente:

- a) Cuando el Departamento Nacional de Planeación y/o la Dirección General del Presupuesto pongan en conocimiento de la respectiva Superintendencia, que tiene a su cargo la vigilancia de la correspondiente empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta, la tardanza en el envío de los estados financieros definitivos con corte al 31 de diciembre del año anterior, las diferentes Superintendencias podrán imponer multas.

Si por cualquier razón, las multas no son impuestas por las Superintendencias respectivas, éstas podrán ser impuestas por la Procuraduría General de la Nación.

- b) Cuando se este frente a empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras, los estados financieros deben contar, además, con la aprobación de la Superintendencia Bancaria, por lo cual si antes del plazo máximo establecido para su envío aún no tienen este visto bueno, se remitirá la información provisional indicando que tiene ese carácter. Posteriormente, una vez la Superintendencia Bancaria de concepto acerca de los Estados Financieros, se acojan las recomendaciones de este ente de vigilancia y se realicen los ajustes respectivos, deberán volverse a remitir los Estados Financieros para hacer un

cálculo definitivo de los Excedentes o las Utilidades, según corresponda.

Como vemos, la intervención de las Superintendencias, salvo en el caso de las compañías dedicadas a actividades financieras, es secundaria y de poca ocurrencia, puesto que, si no son previamente advertidas por el Departamento Nacional de Planeación y por la Dirección General del Presupuesto, su intervención será casi desapercibida y prácticamente nula.

**16.4.5 Intervención de la Dirección del Tesoro Nacional.** La Dirección del Tesoro Nacional es un organismo que pertenece al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, siendo responsable de la administración óptima de los recursos del Presupuesto General de la Nación.

Dicha Dirección debe recaudar; asignar recursos con base en las metas dadas por el CONFIS, las prioridades del gobierno y la disponibilidad de recursos; situar oportunamente los fondos a las entidades ejecutoras del presupuesto; actuar en el mercado cambiario doméstico y colocar en los mercados financieros nacional e internacional los excedentes de liquidez, con criterios de máxima rentabilidad y mínimo riesgo, para coadyuvar con la estabilización de los mercados monetario y cambiario domésticos

En cuanto a su intervención en el proceso de distribución de utilidades, esta se limita a recibir, consignados a su nombre, y dentro de los plazos señalados por el CONPES, y en la cuantía dispuesta por éste, los excedentes financieros y las utilidades del ejercicio fiscal anterior de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, según el caso.

El incumplimiento de este plazo, conforme al artículo 13 del Decreto 630 de 1996, genera intereses de mora a la tasa máxima legal, que deberán ser pagados por las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía



mixta y consignados, igualmente, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional. Esta tasa máxima legal deberá ser certificada por la Superintendencia Bancaria, y los intereses deberán ser liquidados sobre el saldo pendiente de consignar a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional.

## **16.5 PAPEL DE LOS REPRESENTANTES DE LA NACIÓN FRENTE AL PROCESO DE DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES GENERADAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL**

Como la lógica lo indica, la función de los representantes del Gobierno en las Juntas Directivas y Asambleas de Accionistas no debe ser otra que contribuir decisivamente para que las sociedades de economía mixta lleven a cabo su gestión aplicando las políticas generales y sectoriales del Gobierno<sup>757</sup>.

Dentro de esa función general, debemos recordar que el CONPES, por mandato legal, es la instancia encargada de pronunciarse sobre la destinación de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta del Orden Nacional. Por esta razón, los representantes de la Nación en las Asambleas de Accionistas *“no deben aprobar decisiones sobre los excedentes y utilidades, que sean diferentes a lo establecido por la Ley y/o lo dispuesto por el CONPES”*<sup>758</sup>.

Entonces, como vemos, el hecho de no poder aprobar decisiones sobre las utilidades, no es una excepción a esa función enunciada anteriormente. Por el contrario, su contribución para que las sociedades de economía mixta apliquen las políticas generales y sectoriales del Estado deben estar reflejadas en el proyecto de repartición de las utilidades, proyecto que debe ser remitido por las propias

---

<sup>757</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. p. 9.

<sup>758</sup> Tomado del Documento CONPES 3103 “Pautas para los incrementos salariales y lineamientos para la participación de los representantes del Gobierno en las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta – 2001” del 13 de febrero pasado.

sociedades de economía mixta al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto Nacional de conformidad con lo establecido por el artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996.

Asimismo, lo señalado anteriormente se debe tener en cuenta en el caso de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 205 de 1997, el cual prevé que si en la fecha de celebración de la Asamblea Ordinaria de las sociedades de economía mixta, el CONPES no ha impartido las instrucciones respecto de la destinación que debe dársele a las utilidades, la proporción que corresponda por la participación de las entidades estatales nacionales en el capital de las sociedades de economía mixta, se registrarán en el patrimonio social como utilidades de ejercicios anteriores, hasta que el CONPES decida sobre el particular y luego de haber apropiado los recursos correspondientes a la reserva legal y estatutaria, si fuere del caso.

## **16.6 PROPORCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS UTILIDADES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL**

En lo que se refiere a la distribución de utilidades, las sociedades en general deben observar lo previsto en los artículos 149 y siguientes del Código de Comercio, regulación que establece que únicamente pueden distribuirse utilidades si éstas se hallan justificadas por balances reales y fidedignos preparados al final de cada ejercicio social, que debe producirse por lo menos una vez al año, el treinta y uno de diciembre (artículo 445 del Código de Comercio).

Asimismo, el artículo 150 del Código de Comercio señala que:

*“La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.*”

*“Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.*

*“**Parágrafo.** A falta de estipulación expresa del contrato, el solo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital”.*

La distribución entre los asociados se hará de conformidad con lo dispuesto por el máximo órgano social de la compañía, en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés, salvo que exista disposición en contrario.

Como ya se dijo en el punto referente al papel de la Nación en el proceso de distribución de utilidades y excedentes financieros, según sea el caso, el CONPES es la entidad encargada tanto de aprobar el proyecto de distribución elaborado conjuntamente por el Departamento Nacional de Planeación y por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como de impartir instrucciones a los representantes de la Nación y sus entidades en las Juntas de Socios o Asambleas de Accionistas sobre las utilidades que se capitalizarán o se reservarán y las que se repartirán como dividendos.

Asimismo, el monto de la utilidad que debe ser repartida como dividendos tanto a los socios particulares como a los socios públicos de las sociedades de economía mixta, se determina confrontando la utilidad neta a distribuir con el porcentaje de participación directa, tanto de la Nación como de los particulares, en el capital social y el resultado de dicha confrontación nos determinará la utilidad, a título de dividendos, que le deberá ser repartida a la Nación y a los particulares que participen del capital de las sociedades de economía mixta.

Sin embargo, las disposiciones del Código de Comercio sobre distribución de utilidades no puede verse aisladamente, por lo que para el tema en particular

deben ser analizadas algunas normas de la Ley 222 de 1995, del Decreto 2649 de 1993 y del Estatuto Tributario, lo que se llevará a cabo a continuación.

### **16.6.1 Consideraciones generales.**

16.6.1.1. Definición de utilidades. En Colombia la ley no define las utilidades, aunque sí las regula, lo cual sucede en otras legislaciones como la peruana, la ecuatoriana y la española. Nuestro Código de Comercio las regula en los artículos 149 a 157, 332, 379, 380, 446 numeral 2, y 451 a 456, especialmente en cuanto a su determinación, y a la distribución obligatoria entre los socios.

Sin embargo podemos encontrar algunas definiciones en la doctrina, tales como la del Dr. Enrique Gaviria Gutiérrez (Nuevo Régimen de Sociedades), quien considera que no pueden entenderse como utilidades todos los beneficios que reciban los socios en razón de su vinculación con la compañía, sino solamente *“los bienes adicionales al capital aportado que la sociedad obtenga en el desarrollo de sus negocios, para distribuir luego entre sus asociados, causando así en el patrimonio de cada uno de ellos un incremento pecuniario, es decir, un aumento económico real de sus bienes.”*<sup>759</sup>

Haciendo énfasis más en la operación contable anterior a la determinación de la cifra de las utilidades, los Drs. Myron Gordon y Gordon Shillinglaw (Contabilidad, un enfoque administrativo) escriben:

*“La valorización de las ganancias de la empresa, tomada globalmente, es la utilidad neta, que también se denomina utilidades o ganancias. Las utilidades netas se miden por la diferencia entre la suma de activos adquiridos al suministrar mercancías o servicios a clientes extraños a la empresa, por un lado, y por otro, la suma de los activos entregados o consumidos en el curso de esas operaciones [...]. Podría esperarse que la utilidad neta de toda*

---

<sup>759</sup> SANÍN BERNAL Ignacio, Un Nuevo Derecho Societario: el propuesto desde el Estatuto Tributario, segunda edición, Bogotá, Editorial TEMIS S.A., 2001, p. 55-92.

*empresa indicase el importe máximo que los propietarios podrían retirar de la empresa y consumir durante el período, permaneciendo la situación financiera igual al final del período que al principio. El contador usa el término utilidades o utilidad neta al referirse al aumento en el capital contable resultante de las operaciones del negocio. La utilidad también se define como la diferencia entre los ingresos y los gastos.*<sup>760</sup>

En este mismo sentido, PEUMANS (Análisis e interpretación de balances) explica:

*“...el beneficio neto que figura en la cuenta de Pérdidas y Ganancias es un ingreso de la empresa [...] este ingreso o producto es igual al excedente de los ‘productos’ respecto a las ‘cargas’ en el período considerado y que el beneficio viene determinado por las cuentas de explotación y de Pérdidas y Ganancias. Existe una concepción estática del resultado. De acuerdo con esta teoría, el resultado se determina sobre la base del balance. Se obtiene la comparación entre las situaciones netas al fin y comienzo del período considerado. El beneficio es un ‘excedente’ que el patrimonio ha generado en el transcurso de un período determinado, siempre y cuando que el ‘excedente’ sea realmente un beneficio; es decir, que la sustancia del patrimonio se haya mantenido intacta físicamente (en bienes concretos) o económicos (en poder de compra)”*<sup>761</sup>

Lo anteriormente señalado no va dando una idea más clara del concepto de utilidades, pero es inevitable citar otras dos definiciones debido a su relevancia, como ya veremos. En primer lugar está la establecida por el Comité Internacional de Normas de Contabilidad (IASB):

*“La definición de utilidad abarca tanto el concepto de ingreso, como el de ganancia. El ingreso proviene del curso normal de actividades de una empresa, y se conoce con una gran variedad de nombres, tales como ventas, intereses, dividendos, regalías, cuotas y rentas. Las ganancias representan otras partidas que encuadran en la definición de utilidad, pero que pueden o no provenir del curso normal de actividades de la empresa. Las ganancias representan incrementos en los beneficios económicos y, como tales, no diferentes en naturaleza al ingreso [...] e incluyen, por ejemplo, las provenientes de las ventas de activos no circulantes.”*<sup>762</sup>

---

<sup>760</sup> *Ibidem.*

<sup>761</sup> *Ibidem.*

<sup>762</sup> *Ibidem.*

En segundo lugar, debemos citar la definición a la que llega el tratadista Ignacio Sanín Bernal, luego de analizar la doctrina, señalando que “... se puede concluir que las utilidades están conformadas por el superávit (operacional y no operativo) del ente económico, o sea, por el saldo neto positivo de los ingresos después de ser afectado con costos, gastos y provisiones, y que se traduce en un enriquecimiento patrimonial. El enriquecimiento puede ser permanente o temporal, según se opte por retener las utilidades como reservas o mediante su capitalización, o por distribuirlas a los asociados como dividendo”<sup>763</sup>, definición a la que, por su sencillez, nos adherimos totalmente.

16.6.1.2 Estados financieros. Para poder pasar al punto relativo a la determinación de las utilidades, es imprescindible aclarar antes que, tal y como insiste el Dr. Ignacio Sanín Bernal<sup>764</sup>, no es suficiente el Código de Comercio para el total estudio de las utilidades: hay que complementarlo con los artículos 34 a 48 de la Ley 222 de 1995<sup>765</sup>, y con las disposiciones sobre ajustes contables por

---

<sup>763</sup> *Ibidem*.

<sup>764</sup> *Ibidem*.

<sup>765</sup> Estas normas legales regulan la obligación de preparar y difundir los estados financieros (art. 34. Sobre la disposición contenida en este artículo se puede apreciar también el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), los estados financieros consolidados (art. 35. Sobre la disposición contenida en este artículo se puede apreciar también el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), las notas a los estados financieros y normas de preparación (art. 36. Sobre la disposición contenida en este artículo se puede apreciar también el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), los estados financieros certificados (art. 37. Sobre la disposición contenida en este artículo se puede apreciar también el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), los estados financieros dictaminados (art. 38. No obstante, se debe tener cuidado al revisar esta disposición debido a que la expresión "El sentido y alcance de su firma será el que se indique en el dictamen correspondiente" fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-290 de 1997, y en la misma sentencia la Corte declaró inexecutable la frase ""que contendrá como mínimo las manifestaciones exigidas por el reglamento"; igualmente se pueden revisar también el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), la autenticidad de los estados financieros y de los dictámenes (art. 39. La revisión de esta disposición puede ser complementada por el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), rectificación de los estados financieros (art. 40. La revisión de esta disposición puede ser complementada por el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), publicidad de los estados financieros (art. 41. La revisión de esta disposición puede ser complementada por el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), la ausencia de los estados financieros (art. 42. La revisión de esta disposición puede ser complementada por el artículo 95 de la Ley 488 y el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001), la responsabilidad penal por falsedad en la información de los estados financieros (art. 43. La revisión

inflación del Decreto 2649 de 1993<sup>766</sup>, contenidos en sus artículos 19 a 45. Es por esto que, no obstante los análisis que se realicen de dichas disposiciones a lo largo de esta obra, remitimos al lector a la lectura de las normas citadas, siendo de especial relevancia los artículos 34 y 41 del Decreto 2649 de 1993, debido a que tocan directamente el tema de los ajustes inflacionarios, denominado allí como "corrección monetaria", tópico fundamental para un correcto análisis de los estados financieros de cualquier sociedad, y para la economía misma de cada país, como se analizará en el punto inmediatamente posterior.

16.6.1.3 Determinación de las utilidades. Aunque, como se verá al final de este punto, el Código de Comercio contiene regulaciones anacrónicas sobre el particular, es la norma que actualmente rige mayoritariamente el tema de la determinación de las utilidades.

---

de esta disposición puede ser complementada por el artículo 95 de la Ley 488, el artículo 37 del Decreto 2795 de 2001, el artículo 2.3 de la Ley 510 de 1999 y el Decreto 1243 de 2001. Asimismo, fue declarado exequible en cuanto no viola el principio de unidad de materia por la Corte Constitucional en Sentencia C-434 de 1996 ya que los sujetos activos de las conductas aquí previstas son única y exclusivamente los administradores, contadores y revisores fiscales de sociedades civiles o mercantiles, y también fue declarado exequible por la sentencia C-996 de 2000), la expedición de reglamentos (art. 44. El estudio de esta disposición se puede complementar con el artículo 95 de la Ley 488, artículo 37 del Decreto 2795 de 2001 y el artículo 13 de la Ley 811 de 2003. Asimismo, se debe tener en cuenta que el artículo fue declarado exequible con excepción de las expresiones "EXPEDICIÓN DE REGLAMENTOS. Corresponde al Gobierno Nacional expedir la reglamentación sobre : 1.- Las normas de auditoría generalmente aceptadas. 2.- Los libros, comprobantes y soportes que deberán elaborarse para servir de fundamento de los estados financieros, así como los requisitos mínimos que deberán cumplir unos y otros. " en la sentencia C-290 de 1997), la rendición de cuentas (art. 45), rendición de cuentas al fin de ejercicio (art. 46), el informe de gestión (art. 4, modificado por la Ley 603 de 2000) y el derecho de inspección (art. 48).

<sup>766</sup> Estas normas legales regulan lo concerniente a la importancia de los estados financieros (art. 19), las clases principales de estados financieros (art. 20), los estados financieros de propósito general (art. 21), los estados financieros básicos (art. 22), estados financieros consolidados (art. 23), estados financieros de propósito especial (art. 24), balance inicial (art. 25), estados financieros de periodos intermedios (art. 26), los estados de costos (art. 27), el estado de inventario (art. 28), los estados financieros extraordinarios (art. 29), los estados de liquidación (art. 30), los estados preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados (art. 31), los estados financieros comparativos (art. 32) y los estados financieros certificados y dictaminados (art. 33).

Igualmente, en estas normas se regulan los elementos de los estados financieros (art. 34), siendo ellos el activo (art. 35), el pasivo (art. 36), patrimonio (art. 37), ingresos (art. 38), costos (art. 39), gastos (art. 40), corrección monetaria (art. 41), cuentas de orden contingentes (art. 42), cuentas de orden fiduciarias (art. 43), cuentas de orden fiscales (art. 44) y cuentas de orden de control (art. 45).

La razón anterior nos lleva a analizar el tema desde el punto de vista de la Legislación Mercantil, para luego complementarla adentrándonos en las regulación tributaria y contable que rige la materia.

a) El ánimo de lucro como motivo que induce al contrato de sociedad. Como se ha dicho en la parte referente al capital, los socios se obligan a hacer un aporte y a mantenerlo en el fondo social para el desarrollo de los negocios escogidos como medio de obtener una utilidad o ganancia que ha de ser distribuida entre todos.

*“Lo cual quiere decir, en conformidad con el artículo 1524 del Código Civil, que esa utilidad repartible constituye el motivo común que induce a los socios al contrato y a contraer como elemento esencial suyo la obligación de hacer un aporte; sin ese motivo no hay sociedad, según el artículo 2081 del mismo Código (el cual fue derogado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995), con la aclaración que allí se hace en el sentido de que por utilidad no se entiende cualquier beneficio simplemente moral, no apreciable en dinero. Aunque no es necesario que haya repartos efectivos entre los socios, sino que basta o es suficiente una vocación de todos los socios a ese reparto, es decir, que todos puedan participar en las utilidades sociales que se obtengan, en la misma forma en que están sujetos a sufrir cualquier pérdida que ocurra. Llamamiento o vocación a participar en los beneficios, que debe ser para todos los asociados, no obstante que no se reparta la totalidad de la utilidad obtenida antes de la liquidación, o que a algunos se distribuya antes que a otros, como en el caso del llamado dividendo prioritario o preferencial, que apenas asegura una prelación especial para percibir la cuota en las utilidades, pero que no puede representar una exclusión permanente de los demás socios en la distribución”<sup>767</sup>.*

Evidentemente las utilidades tienen una gran relevancia en estas sociedades, como sociedades comerciales que son, tal y como continua resaltándolo el doctor Gabino Pinzón:

*“En la economía general del contrato de sociedad la participación en las utilidades tiene la misma importancia que tiene la contribución al fondo social*

---

<sup>767</sup> PINZÓN, Gabino. Sociedades comerciales, vol.I, Bogotá: Editorial Temis, 1982, p. 233-258.



*con un aporte, ya que ambos son elementos esenciales del contrato, sin los cuales no hay sociedad, según el ya mencionado artículo 2081 del Código Civil (el cual fue derogado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995). Porque no se trata de un mero derecho del socio, que sea renunciable por él, ni menos que pueda ser desconocido por los demás socios o por los administradores, sino que es un elemento esencial del contrato, como esencialmente correlativo a la obligación de hacer un aporte y al cual no es dable renunciar sin perder la calidad de socio. Por eso se ha previsto en el artículo 150 del Código de Comercio que son ineficaces, es decir, que han de tenerse como no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a privar a algún socio de su derecho a las utilidades, aunque tales limitaciones sean expresamente aceptadas por el socio perjudicado con ellas. Así se excluye la posibilidad de la sociedad llamada leonina, que en el derecho romano fue calificada por **PAULO** como ‘iniquissimum genus societatis ex qua quis damnum non etiam lucrum spectet’<sup>768</sup>.*

*“Sobre la importancia de la participación en las utilidades sociales es difícil incurrir en exageraciones. Porque no se trata de una cuestión de simples proyecciones jurídicas, es decir, no se trata solamente de que la participación en las ganancias de la empresa social constituye la causa del contrato de sociedad y, como tal, un elemento de su esencia; la cuestión tiene también repercusiones o proyecciones económicas y sociales no menos importantes, especialmente en las sociedades por acciones, que están llamadas a ser instrumentos de desarrollo de la grande empresa y, consecuentemente, fuentes de inversión de toda clase de capitales, desde los de mera especulación hasta los de ahorro, lo mismo que fuentes de trabajo y fuentes de cuantiosos recaudos fiscales. Pero es necesario estimular al que invierte su capital en una sociedad de esta clase, asegurándole su justa participación en las utilidades. Las estadísticas han demostrado que en las grandes sociedades anónimas no se reparte entre los accionistas ni siquiera el cincuenta por ciento de las utilidades; la mayor parte de ellas se congela en forma de reservas, que no siempre son expresas, sino que muchas veces son ocultas, en forma de gastos o de pérdidas simulados u otros recursos igualmente opuestos a la verdad de la cuenta de pérdidas y ganancias y lesivos del derecho del accionista. Con lo cual es cierto que se va robusteciendo el patrimonio social y que se va incrementando el valor intrínseco de las acciones; pero no en favor de todos los accionistas, sino en favor de los que pueden esperar esa valorización de las acciones, es decir, en favor de los accionistas fuertes y a costa del pequeño accionista, que generalmente no se beneficia de ese incremento del valor de la acción, como ocurre, en general, con la mayor parte de todos los que alimentan los mercados públicos de valores”<sup>769</sup>.*

---

<sup>768</sup> Digesto, 17, 2, 29, núm. 2.

<sup>769</sup> PINZÓN Gabino, Sociedades comerciales, vol.I, Bogotá: Editorial TEMIS, 1982, p. 233-258.

Otro importante autor, como lo es el Dr. Ignacio Sanín Bernal, resalta igualmente la importancia de las utilidades en cualquier tipo de sociedades: *“Es de la esencia del contrato de sociedad el ánimo o intención de que entre los asociados se distribuyan las utilidades”*<sup>770</sup>.

Efectivamente el contrato de sociedad necesariamente conlleva *“un elemento esencialmente calvinista y oneroso y de clara estirpe utilitaria y capitalista: la imposición de que el contrato se celebra para producir utilidades, y que estos beneficios societarios deben restituirse a los asociados.”* Continúa enfatizando el autor: *“La posibilidad de su generación, y la certeza de un reparto que se producirá tarde o temprano, son, pues, un elemento esencial para la existencia de la sociedad.”*<sup>771</sup>.

Con el mismo criterio, el Dr. Gabino Pinzón opina que el Código de Comercio consagra algunas cuantas normas — tímidas, desde luego, e insuficientes todavía — tendientes a la protección del derecho del socio a las utilidades y a resolver en pequeña escala el conflicto que siempre ocurre entre los socios y los administradores — absurdo a todas luces, por cuanto estos dependen de aquellos, que pueden removerlos libremente — y entre los socios pequeños y los fuertes; conflicto con el cual se hace casi siempre actual la fábula que ha dado su nombre a la sociedad leonina<sup>772</sup>.

*“La tendencia del Código ha sido en esta materia la de proteger, aunque sea en un mínimo, ese derecho del socio al dividendo, es decir, a la suma destinada a ser dividida entre todos los socios; la que, para eso, se separa*

---

<sup>770</sup> SANÍN BERNAL Ignacio, Un Nuevo Derecho Societario: el propuesto desde el Estatuto Tributario, segunda edición, Bogotá, Editorial TEMIS S.A., 2001, p. 55-92.

<sup>771</sup> *Ibidem*.

<sup>772</sup> Es la quinta del libro primero de las fábulas esópicas de FEDRO, que relata la sociedad que formaron "vacca, capella, ovis et leo" y que tiene a modo de epígrafe este consejo: "fuge potentioris societatem".

*del activo patrimonial de la sociedad como una cuenta pasiva del balance. Y en tal sentido es de elogiar esa tendencia, ya que hasta ahora se ha dejado sin protección legal el derecho al dividendo, por cuanto en las leyes, como la 58 de 1931, se dio mayor importancia a los derechos administrativos o personales del socio que a ese derecho patrimonial a las utilidades, que en la gran sociedad anónima es el único derecho patrimonial en la práctica, por ser muy remota la posibilidad de que se disuelva y de que tenga operancia o efectividad el derecho a participar en el remanente de los activos sociales al tiempo de la liquidación.*

*“Desde luego que, como se verá al hablar de las reservas, el derecho individual del asociado a la parte que le corresponda en las utilidades está condicionado en su ejercicio a que las ganancias sean establecidas por medio de balances fidedignos, aprobados por los socios en asamblea general, con el fin de que no se descapitalice la sociedad con el reparto de dividendos ficticios; más aún: en las sociedades de capitales debe apropiarse el diez por ciento de las utilidades con destino a una reserva impuesta por la Ley para protección del activo social, única prenda de los acreedores sociales; y en todas las sociedades deben hacerse las apropiaciones destinadas a las reservas establecidas en los estatutos, como medidas de previsión o de prudencia administrativa, además de las que los asociados mismos consideren necesarias o convenientes al aprobar cada balance. Pero todas estas reservas, por representar limitaciones al derecho al dividendo, han de entenderse como excepciones al principio del libre ejercicio de un derecho personal de los socios y, por eso, las dos primeras — las legales y las estatutarias — solamente han de hacerse en la forma y límites previstos en la Ley y en los estatutos, porque en cuanto excedan de los mismos dejan de ser legales o estatutarias y quedan sometidos al régimen de las reservas ocasionales ordenadas por la asamblea al final de cada ejercicio social, para que quede a salvo el derecho de los socios a las utilidades”<sup>773</sup>.*

En lo referente al tema de la depuración de las utilidades, el profesor ENRIQUE GAVIRIA GUTIÉRREZ reitera que *“debe partirse de la renta líquida (sic) y deducir de ésta el impuesto de renta (que define como ‘la participación que al Estado corresponde sobre las ganancias sociales netas’), las pérdidas que afecten el capital al tenor del artículo 151, inciso 2º del Código de Comercio<sup>774</sup>, y las reservas*

---

<sup>773</sup> PINZÓN GABINO, Op.Cit., p. 233-258.

<sup>774</sup> Art. 151 Código de Comercio: “No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a esta artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán

*legal, estatutaria y ocasionales.*<sup>775</sup>

b) Los balances de fin de ejercicio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto Contable y en el Estatuto Financiero (lo que se analizará al final del presente acápite), se ha establecido el sistema de dividir la vida social en períodos llamados *ejercicios sociales.*, con el fin de facilitar el ejercicio del derecho de los socios a percibir su cuota en las utilidades. Así, se permite al socio ir recibiendo las utilidades en épocas fijas, sin tener que esperar hasta la liquidación final o definitiva del patrimonio social; y hasta se van salvando las utilidades anteriores de las pérdidas posteriores que puedan ocurrir, dado el principio del artículo 151 del Código de Comercio, que prohíbe repetir contra los asociados las sumas que hayan recibido de buena fe a título de dividendo. Dichos ejercicios sociales pueden ser más o menos largos, según se establezca en el contrato social; pero, conforme al artículo 34 de la Ley 222 de 1995, *“a fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados”*, disposición que no puede tener fin distinto a que la compañía fije el estado general de su patrimonio y que separe, en cierta forma, el ejercicio social del año que termina del ejercicio social del año siguiente, para dividir entonces la renta o utilidades obtenidas, no solo para información de los socios mismos, sino también para los efectos del impuesto directo o participación que corresponde al Estado en esa utilidad.

*“Es, pues, por medio de un balance general periódico como se divide la actividad de la sociedad en etapas regulares o ejercicios sociales que son*

---

repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma.

Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.

Parágrafo.- Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital.”

<sup>775</sup> SANÍN BERNAL Ignacio, Op. Cit., p.55- 92.

*relativamente autónomos en el sentido de que van consolidando en la fecha de su clausura la situación del patrimonio social para los distintos efectos que produce la aprobación de dicho balance. Pero es necesario, desde luego, que ese balance de fin de ejercicio sea real y fidedigno, como se advierte en el artículo 151 del Código de Comercio; esto es, que sea tomado de libros que se lleven conforme a la técnica contable y a las disposiciones legales y que solo registren operaciones llevadas a cabo dentro del objeto social y conforme a las normas de los estatutos que regulen las funciones de los administradores. Y es necesario, además, y al tenor del artículo 153 del mismo Código, que los administradores presenten como anexo de ese balance “un detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias”, a fin de que los socios reciban una información adecuada del desarrollo y resultado de los negocios sociales en cada ejercicio. Porque, como el derecho individual de cada socio al dividendo o utilidad repartible tiene que ser armónico con el interés común o colectivo de todos los socios, es necesario fijar las ganancias con el mayor grado posible de certeza, con el fin de que ni se lesionen los derechos de los socios con ninguna ocultación de utilidades, ni se menoscabe el activo patrimonial con cualquier reparto de beneficios ficticios o no realizados en su integridad.*

*“Dividida la actividad social en estos períodos regulares comprendidos entre los balances de fin de ejercicio, se facilita a los socios determinar las utilidades obtenidas en cada uno de esos períodos, para disponer de ellas; por eso esta materia se halla regulada en el Código de Comercio como parte del régimen de las utilidades sociales. La función informativa de los balances se cumple especialmente con la cuenta de pérdidas y ganancias, que sirve, ante todo, para apreciar el resultado de los negocios en cada ejercicio, pero que permite también estimar de antemano el lastre que pueden representar esos negocios para los ejercicios siguientes, sobre todo en el caso de pérdidas que no alcancen a ser absorbidas con reservas o con utilidades del mismo ejercicio y que afecten cualquier utilidad futura, según lo previsto en el artículo 151 del mismo Código, que prohíbe distribuir utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas anteriores que afecten el capital<sup>776</sup>. Porque la división de la actividad social en ejercicios es apenas un recurso formal utilizado para facilitar a los socios ir recibiendo periódicamente las utilidades de los negocios; no es una desintegración periódica de la empresa social que produzca entre los ejercicios sociales una solución de continuidad que facilite una descapitalización de la sociedad.*

---

<sup>776</sup> Conviene aclarar, de una vez, que ese lastre de la empresa social que impide repartir utilidades son “las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital”, es decir, las que reduzcan el activo neto del patrimonio social “por debajo del monto de dicho capital”, como se advierte en el artículo 151 del Código de Comercio. Lo cual quiere decir que las pérdidas que solo afecten el superávit que pueda tener la sociedad, esto es, las que no rebajen el total del activo neto por debajo del capital suscrito, porque alcancen a ser absorbidas por ese superávit, no impiden llevar a cabo un reparto de utilidades del ejercicio.

*“Como complementarias de la que se viene comentando, el balance de fin de ejercicio cumple otras dos funciones no menos importantes: la de suministrar una información fidedigna — tan fidedigna como el balance mismo — sobre la situación patrimonial de la sociedad al final de cada ejercicio; y la de servir como rendición de cuentas por parte de los administradores, especialmente por medio de la cuenta de pérdidas y ganancias. La primera se cumple en interés de los socios mismos y en interés de terceros: de los socios, porque pueden informarse oportunamente de las necesidades o conveniencias de la empresa social, para adoptar las medidas que sean del caso, como aumentos del capital, formación de reservas ocasionales, apertura o clausura de sucursales, disolución anticipada de la sociedad, etc.; y de los terceros, por cuanto ellos pueden conocer la situación económica y financiera de la sociedad, con la distinta liquidez de sus activos y la distinta exigibilidad de sus pasivos, sobre todo tratándose de sociedades por acciones, respecto de las cuales es obligatoria la publicación del balance en la forma prevista en los artículos 152 y 449 del Código de Comercio<sup>777</sup>. La segunda se cumple en relación con los administradores, ante todo, toda vez que por medio de la cuenta de pérdidas y ganancias, de los informes presentados a los socios y de los libros y papeles justificativos del detalle de dicha cuenta es dable apreciar su labor o gestión durante el ejercicio, para aprobarla o glosarla al examinar los balances de fin de ejercicio; por eso el artículo 185 del mismo Código les prohíbe votar en la aprobación de tales documentos, siguiendo la orientación del decreto 664 de 1964<sup>778</sup>”.*

Nos parece entonces conveniente insistir sobre la necesidad de que los balances de fin de ejercicio reflejen la verdadera situación patrimonial de una sociedad, con saldos que correspondan a la realidad comercial, especialmente en relación con los activos sociales fijos.

*“Porque tales activos se relacionan en el inventario que sirve de base al balance general por su costo histórico o precio de adquisición, según exigencias que obedecen más a la intransigencia fiscal que a razones técnicas atendibles y que conducen a una verdad meramente formal de los datos suministrados por el balance general, que se aleja de la realidad comercial en la proporción en que avanza la política oficial de envilecimiento de la moneda en que se registran los saldos de las cuentas del balance. Con*

---

<sup>777</sup> Los artículos 152 y 449 del Código de Comercio fueron derogados por los artículos 242 y 41 de la Ley 222 de 1995, respectivamente, y la disposición que regula la publicidad de los estados financieros está contenida en el artículo 41 de la Ley 222 de 1995.

<sup>778</sup> PINZÓN, Op. Cit., p. 233-258.

*lo cual se llega al resultado absurdo o inconveniente, por lo menos, de que un balance aprobado por la asamblea general no puede utilizarse como balance comercial; y así carece de utilidad completa para terceros la publicación del balance, sobre todo cuando se trata de sociedades propietarias de establecimientos industriales costosos y con elementos adquiridos generalmente en moneda extranjera. Por otra parte, la falta de una política flexible de revalúo de los activos fijos es notoriamente perjudicial para las sociedades: porque dejan de hacerse las depreciaciones reales de los activos fijos depreciables, como gastos del correspondiente ejercicio, con un consecuencial debilitamiento de la consistencia económica de la sociedad; y porque se fomenta la distribución de dividendos ficticios en la parte correspondiente a las depreciaciones que dejan de hacerse con cargo a la cuenta de resultados*<sup>779,780</sup>.

El Dr. Narváez los define brevemente como “una síntesis del inventario en el que se agrupan las cuentas por categorías en un cuadro de dos columnas, activo y pasivo, que se balancean. El equilibrio entre esas dos columnas se establece con el resultado definitivo de la cuenta de pérdidas y ganancias: éste figura en el pasivo si el ejercicio arroja utilidades; o en el activo si hay pérdidas”<sup>781</sup>.

*“Este estado financiero de propósito general revela la situación económica y financiera de la sociedad en las fechas preestablecidas en los estatutos o, en subsidio, en la Ley. En forma condensada refleja cuanto tiene y debe la compañía, cómo está representado el activo y cuáles son las cuantías y modalidades de los pasivos”*<sup>782</sup>.

c) Las depreciaciones y las amortizaciones.

*“Para que pueda hablarse de verdaderas utilidades repartibles, han de hacerse previamente con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias las*

---

<sup>779</sup> Lo dicho sobre reavalúo de activos fijos con base en devaluaciones monetarias es valedero para cualquier medida que conduzca a establecer y presentar la verdad comercial de los valores de inventario, como las depreciaciones aceleradas de equipos, etc. No importa que para el fisco sea indiferente la estabilidad económica de contribuyentes tan importantes como son las sociedades comerciales en el derecho del país.

<sup>780</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

<sup>781</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 214-215.

<sup>782</sup> *Ibidem*.

*provisiones del caso para cubrir la depreciación y la amortización de los activos sociales susceptibles de demérito o de agotamiento. Porque sin estas medidas el balance no es fidedigno respecto de la verdadera situación patrimonial de la sociedad al final de cada ejercicio; y solamente pueden distribuirse utilidades 'justificadas por balances reales y fidedignos', según el artículo 151 del Código de Comercio, que es aplicable a las distintas especies de sociedad reguladas en dicho Código. Con la aclaración que se hace en le artículo 450 del mismo en el sentido de que para que el balance sea fidedigno, especialmente en cuanto al detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, 'será necesario que se haya apropiado previamente, de acuerdo con las leyes y con las normas de contabilidad, las partidas necesarias para atender el deprecio, desvalorización y garantía del patrimonio social'<sup>783</sup>.*

Se pretende así que cada ejercicio vaya absorbiendo como un gasto la parte en que van agotándose o disminuyendo en utilidad los activos fijos destinados al desarrollo de los negocios sociales, que teóricamente se calcula en una cuota igual para cada uno de los años de vida útil de cada activo, dada la evidente dificultad práctica que hay para estimar en forma exacta esa cuota o porcentaje. Como apunta DE GREGORIO al respecto,

*"las cuotas anuales de amortización no denotan y no deben denotar una efectiva disminución de aptitudes de los elementos del patrimonio instrumental para prestar aquellos servicios para los cuales fueron aportados en el contrato social o adquiridos posteriormente. Si así fuese, debería ser posible, y no lo es, una exacta valuación de la utilización y del consumo de los elementos a valuar, y se debería además dejar de lado gran número de casos en que la amortización se realiza en previsión de perfeccionamientos técnicos que harán necesaria la sustitución de las cosas adquiridas, o para reconstruir el capital invertido en la adquisición de patentes, concesiones industriales, concesiones temporales y similares"<sup>784</sup>.*

*"Concretando más la cuestión, debe observarse que el fenómeno de la depreciación ocurre propiamente respecto de los bienes corporales que tienen el carácter de activos fijos, por ser susceptibles de ser utilizados durante varios ejercicios sociales, como los equipos industriales, y que sufren de suyo un desgaste o una disminución de su utilidad que generalmente*

---

<sup>783</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

<sup>784</sup> ALFREDO DE GREGORIO, Los balances de las sociedades anónimas, traducción de la 2ª edición italiana por Francisco Bobadilla y Julio H. Cassé, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950, núm. 121.



*puede apreciarse y calcularse; pero respecto de los bienes incorporales, aunque cumplan todas las funciones de un verdadero activo fijo, no es igual el fenómeno, puesto que, como ocurre, por ejemplo, con una invención patentada, su utilidad económica generalmente no se altera o afecta en el curso de un ejercicio social, sino que subsiste en su integridad hasta la fecha de su expiración o caducidad. Estos hechos son los que sirven de fundamento para distinguir en el artículo 446 del Código la ‘depreciación de activos fijos’ y la ‘amortización de intangibles’ y para disponer que los administradores, al presentar ‘el detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del correspondiente ejercicio social’, lo hagan ‘con especificación de las apropiaciones hechas’ por los dos conceptos expresados.*

*“Esta es una cuestión de vital importancia en la vida económica de las empresas, en general, y especialmente de las que se desarrollan como objeto de una sociedad, ya que la separación de patrimonios producida como efecto inmediato de la personificación jurídica impone una política más severa de depreciaciones y amortizaciones que asegure la integridad y la protección de los activos que forman parte de la única o principal prenda común de los acreedores sociales. No es, desde luego, una cuestión que pueda ser regulada con normas legales que establezcan tasas o ratas ciertas y fijas de depreciación o de amortización, por ejemplo; son, ante todo, ‘las normas de contabilidad’ genéricamente invocadas en el artículo 450 del Código de Comercio las que están llamadas a servir de reglas aplicables en esta materia, como costumbres de carácter técnico susceptibles de ser utilizadas en la forma como se utilizan las costumbres en materia comercial, según los artículos 3º y 5º del Código de Comercio. Por esta vía hasta pueden introducirse prácticas tendientes a reajustar con cuentas especiales, también con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, las depreciaciones y amortizaciones aceptadas fiscalmente, que son las que suelen hacerse y que no siempre representan las depreciaciones reales; porque la idea es que se cubran previamente tales conceptos y en forma completa, hasta donde sea posible su cálculo o estimación, con el fin de que no se repartan utilidades con detrimento de la integridad, estabilidad y solidez económicas de la empresa social”<sup>785,786</sup>.*

d) Presentación del balance de fin de ejercicio. Corresponde a los administradores, de acuerdo con el artículo 153 del Código de Comercio, la

---

<sup>785</sup> Como regla general, “no podrá distribirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos”, según el artículo 151 del Código de Comercio. Y, como en este lugar no se ha fijado ningún criterio utilizable para que los balances de fin de ejercicio sean “reales y fidedignos” debe apelarse a las disposiciones que regulan la materia en relación con las sociedades anónimas, como el artículo 450 del mismo Código, en el cual se invocan “las normas de contabilidad”, que son las que han venido generalizando prácticas adecuadas para conseguir esa realidad y fidedignidad de los balances.

<sup>786</sup>PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

presentación del balance, la cual debe hacerse en condiciones que permitan utilizar dicho balance según las funciones que le corresponden.

*“Lo cual quiere decir, en primer lugar, que el balance debe presentarse oportunamente, es decir, en una época que coincida hasta cierto punto con la clausura del ejercicio, para que no pierda su genuina utilidad la división de la actividad de la compañía en esas etapas sucesivas que representan los distintos ejercicios sociales; y significa, en segundo lugar, que los socios deben disponer del tiempo y de los elementos de juicio suficientes para decidir con un buen conocimiento de causa al aprobarlo. Lo primero puede conseguirse si el balance se presenta al examen de la asamblea en los meses inmediatamente siguientes a la terminación del respectivo ejercicio; y para lo segundo basta que los socios conozcan el balance con tiempo suficiente para estudiarlo y examinar los libros y papeles justificativos del movimiento de las cuentas reflejado en sus saldos”<sup>787</sup>.*

*“Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales”* deben fijarse en la escritura social, según el artículo 110-8 del Código de Comercio. Sin embargo, las costumbres comerciales — que han generalizado los balances anuales — han adoptado el primer trimestre del año como época en la cual debe ser convocada la asamblea para examinar y aprobar el balance de fin de ejercicio; y este es, Asimismo, el espíritu que informa esta materia en el Código de Comercio, en cuyo artículo 422 se ha previsto que, a falta de estipulación expresa de los estatutos, la asamblea se reunirá en forma ordinaria *“dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio”*, para *“considerar las cuentas y balances del último ejercicio”* y *“resolver sobre la distribución de utilidades”*. Idea que se refuerza en el mismo artículo 422, al prever que, si, a falta de fecha señalada en los estatutos, la asamblea no es convocada dentro del trimestre indicado, *“se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril”*, con el fin de ejercer sus funciones, entre las cuales es muy importante la de estudiar el balance de fin de ejercicio.

*“No basta, sin embargo, que el balance sea presentado a la asamblea en la época indicada, sino que es necesario, además, que la información suministrada a los*

---

<sup>787</sup> Ibídem

socios por este medio sea suficiente y que tengan ellos la oportunidad de comprobar la fidedignidad de esa información en los libros y papeles de la sociedad. Por eso se establece en el artículo 153 del Código de Comercio, en relación con toda clase de sociedades, que cuando la administración de los negocios sociales no se lleve a cabo por todos los asociados, sea presentado el balance con un detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio. Y por eso también se ha previsto en el artículo 447 del mismo Código que durante quince días hábiles, por lo menos, debe ponerse a disposición de los socios el balance, con sus anexos, para que ellos puedan consultar los libros y papeles justificativos de tales documentos antes de reunirse en asamblea o junta general e impartirles su aprobación. Exigencia legal que, como norma imperativa, rige para las sociedades anónimas, a cuyo régimen pertenece dicho precepto; y que rige también para la sociedad en comandita por acciones y para la de responsabilidad limitada, en razón de lo prescrito en los artículos 349, 371 y 372 del mismo Código de Comercio. No rige, en cambio, para la sociedad colectiva y la comanditaria simple, en las cuales es el contrato social el destinado a fijar la anticipación con la cual debe ser presentado el balance y convocada la asamblea o junta general para su estudio y aprobación, mientras en relación con ellas se generaliza y estabiliza el sistema de la sociedad anónima por las costumbres comerciales, que son las llamadas a preparar o a completar, según el caso, la obra casi siempre deficiente del legislador.

“De manera, pues, que la anticipación con la cual debe ser presentado por los administradores el balance de fin de ejercicio es la que explica, a su vez, la exigencia de que la asamblea sea convocada con un término no inferior a esos quince días hábiles anteriores a la reunión destinada al examen y aprobación del balance, como se dispone en el artículo 424 del Código de Comercio para las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, según la aclaración anterior. Lo cual quiere decir que, por estar inspirado el término de convocación de la asamblea en la idea de dar a los socios la facilidad de estudiar con tiempo el balance y sus anexos, siempre que se trate de presentar tales documentos a la asamblea debe hacerse la convocación a dicha reunión con la anticipación mencionada y durante ese mismo término han de ponerse a disposición de los socios todos los documentos ya indicados. O, en otras palabras, si el balance de fin de ejercicio ha de ser presentado a la asamblea en una reunión extraordinaria — por haber expirado la época prevista para las reuniones ordinarias o por cualquier otra causa — la convocación a dicha reunión ha de hacerse con la misma anticipación”<sup>788</sup>.

e) Aprobación del balance de fin de ejercicio. En la misma forma como la aportación constituye una obligación individual de cada socio, la participación en

---

<sup>788</sup> *Ibidem*, p. 233-258.

las utilidades constituye un derecho individual del asociado; por eso, explica el Dr. Gabino Pinzón, son los socios mismos los que han de fijar las utilidades con la aprobación del balance de fin de ejercicio; a los administradores apenas corresponde facilitar esa fijación de los beneficios con la presentación del balance y sus correspondientes anexos. Pero del mismo modo como los socios no pueden decidir individualmente en relación con el fondo social formado con los aportes, tampoco pueden disponer individualmente de las utilidades, sino en forma colectiva o en asamblea general y con sujeción a las leyes y a los estatutos.

*“En otras palabras, aunque cada socio tiene un derecho individual a su parte en las utilidades, la fijación de estas y su distribución no puede hacerse en forma individual, sino en esa forma colectiva, esto es, en forma de acto o acuerdo de la asamblea general de socios, por tratarse de una cuestión que atañe a todos ellos, como desarrollo o ejecución de un contrato de colaboración que tiene para todos la misma causa o motivo determinante.*

*“Por esta razón en el artículo 187 del Código de Comercio se incluyen entre las funciones de la asamblea general de socios la de ‘examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores’ y la de ‘disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes’. Funciones que la asamblea no puede delegar en ninguna junta directiva o consejo de administración, toda vez que ellas corresponden directamente a los socios y que los miembros de cualquier junta o consejo de esa clase, como administradores que son, aunque sean socios no pueden recibir el encargo de ejercer derechos de los demás asociados, por cuanto no pueden representar a otros en las reuniones de la asamblea general, ni pueden votar como socios la aprobación de los balances y cuentas de fin de ejercicio, conforme al artículo 185 del mismo Código. De manera, pues, que es únicamente por los socios y únicamente en forma colectiva o reunidos en asamblea general como puede ser aprobado un balance de fin de ejercicio, sea en reunión ordinaria o en reunión extraordinaria, porque en ambas clases de reuniones puede ejercer sus funciones la asamblea, al tenor del ya citado artículo 187 del Código de Comercio<sup>789</sup>. “Ninguna autoridad puede usurpar esa función ni siquiera en*

---

<sup>789</sup> El único caso en que los administradores mismos están llamados a aprobar el balance de fin de ejercicio es cuando todos los socios son administradores, como en una sociedad colectiva de pocos socios, en la cual estos no hayan delegado la administración. Pero en este caso no lo hacen como administradores, sino como socios. Es una hipótesis en la cual no hay rendición de cuentas de los administradores por medio del balance y este, una vez aprobado por ellos en su condición de asociados sirve para cumplir las demás funciones de un balance de fin de ejercicio. Por eso, dejando en pie la obligación impuesta a toda sociedad de hacer y aprobar un balance de fin de

*caso de renuencia de los órganos sociales*<sup>790</sup>.

*“Aprobado el balance de fin de ejercicio, se separan del activo social las utilidades líquidas, para formar o incrementar con ellas una cuenta del pasivo externo de la sociedad. Esta adquiere entonces la calidad de deudora frente a todos los socios por el importe de ese renglón del pasivo que, al ser distribuido en esa misma forma como se aprueba el balance, determina en principio la cuota que corresponde a cada uno de ellos. Lo cual quiere decir que solo con la aprobación del balance se consolida en la fecha del mismo la situación patrimonial de la compañía y se fijan o determinan las utilidades del ejercicio, que se ponen o quedan desde ese momento a disposición de los asociados, para que las repartan según el contrato social y las leyes. Las utilidades así determinadas constituyen un pasivo externo, puesto que pertenecen a los socios y no a la sociedad, toda vez que lo que ellos se han obligado a llevar y mantener en el fondo social son los aportes, mas no las ganancias obtenidas en desarrollo de la empresa social; pero este pasivo es a favor de todos los socios hasta cuando se haga su distribución, que es cuando se individualiza el derecho que tienen ellos y cuando la sociedad se convierte en deudora de cada uno de ellos por la cuota que le quepa en esa distribución”*<sup>791</sup>.

Desde luego que para que se produzcan los efectos anteriores es necesario que el balance sea “real y fidedigno”, como se indica en el artículo 151 del Código de Comercio, es decir, que se ajuste a los principios y reglas de la técnica contable, o que haya sido autorizado por un contador público. Solamente así es como, una vez aprobado el balance por la asamblea general, adquiere el ejercicio social esa relativa autonomía ya mencionada anteriormente. Porque — sin perjuicio de que se haga posteriormente cualquier revisión que imponga reajustes y reversiones — se consolida contablemente la situación patrimonial de la sociedad, se aprueban las cuentas del correspondiente ejercicio; y no solo se separan del activo patrimonial las utilidades del ejercicio, sino que se las separa también de las de los ejercicios anteriores y posteriores. Como consecuencia de esta relativa autonomía de cada

---

ejercicio (artículo 152 del Código de Comercio, citado por el autor pero derogado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995, regulando su materia los artículos 34 y 41 de la Ley 222 de 1995), se ha previsto en el artículo 153 del mismo Código de Comercio que en la hipótesis que se analiza no hay necesidad de presentar un detalle o estado completo de la cuenta de pérdidas y ganancias, ya que sobra una verdadera rendición de cuentas.

<sup>790</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 217.

<sup>791</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

ejercicio social no puede obligarse a los socios a restituir o rembolsar las utilidades recibidas de buena fe, no obstante el desequilibrio patrimonial producido por todo reparto de utilidades ficticias, que solo puede restablecerse en tal caso dejando de repartir las utilidades del ejercicio o ejercicios siguientes mientras no se cubra en esa forma lo distribuido indebidamente<sup>792</sup>.

f) Ausencia de estados financieros. La Ley 222 de 1995, en su artículo 42 establece que *“cuando sin justa causa una sociedad se abstuviera de preparar o difundir estados financieros estando obligada a ello, los terceros podrán aducir cualquier otro medio de prueba aceptado por la Ley”*. Lo anterior es consecuencia de las dificultades probatorias que se presentan en los procesos civiles y penales en los que está de por medio una sociedad, los cuales suelen verse agravadas, además, por la falta de una contabilidad regular de los negocios. En este escenario, existe la posibilidad de que los administradores que hayan incurrido en determinada conducta intenten ampararse en la ausencia de estados financieros, para tratar de evadir así su responsabilidad<sup>793</sup>.

Pero es obvio que la norma en cuestión *“no excluye las demás sanciones por la infracción a la obligación de llevar contabilidad, para cuyo efecto hace, además, responsables a los administradores y al revisor fiscal, por los perjuicios que causen por la no preparación o difusión de los estados financieros. Estas reglas parecen también guardar plena concordancia con las disposiciones generales del Código de Comercio que sancionan al empresario que no lleva contabilidad, al sujetarlo, en materia probatoria, a los libros de la parte que los lleve adecuadamente (artículo*

---

<sup>792</sup> Es importante aclarar que, como la buena fe se presume, al tenor del artículo 835 del Código de Comercio, las sumas recibidas por los socios por concepto de utilidades no justificadas por balances reales y fidedignos, en conformidad con lo previsto en el artículo 151 del mismo Código, no pueden repetirse contra los socios mientras no sea desvirtuada esa presunción de buena fe. La cual no puede ser desvirtuada, a su vez, cuando el balance ha sido autorizado por un contador público, ya que este da fe pública, especialmente cuando obra como revisor o auditor de cuentas, y eso es y debe ser suficiente para calificar la posición de los socios independientemente de cualquier falta en la conducta del contador.

<sup>793</sup> En esta misma obra véase numeral 15.7.

70, ord. 5º)<sup>794</sup>.

g) Consideraciones tributarias y contables. En primer lugar, es obligatorio tener en cuenta, antes que nada, lo que dijimos en el punto anterior en cuanto a la insuficiencia del Código de Comercio, recogido mediante el Decreto 410 de 1971, para el cabal estudio de las utilidades, ya que éste, *“al hacer múltiples referencias a las utilidades, y a los dividendos como componente distribuible de las mismas, es en todo ajeno a los ajustes integrales por inflación, pues solo hasta 1988, con la promulgación del decreto 2687, comienza a estudiarse en Colombia la conveniencia o necesidad de ajustar los estados financieros, siguiendo las recomendaciones de la misión Mac Lure, actualizadas en lo pertinente por la experiencia que en este campo se obtuvo de Chile y Argentina, especialmente. Y los ajustes integrales comienzan a ser aplicados a partir de 1.993.”*<sup>795</sup>

El Código de Comercio se refiere, exclusivamente, a las utilidades “históricas” o “tradicionales”, es decir, sin ajustes, y por lo tanto en ese contexto deben entenderse sus disposiciones. *“De lo que se deduce que, cuando las normas todas anteriores a 1993 hacen referencia a las utilidades, se está hablando del superávit en pesos corrientes, sin que se introduzca la homologación propia derivada de los ajustes inflacionarios, muy posteriores en el tiempo. El mismo ponente (sic) expresó en el Congreso Colombiano de Derecho Comercial en 1989 que:*

*“La inflación de una parte, el reconocimiento legal de sus efectos de la otra, y la ignorancia que de tales fenómenos económicos caracteriza al actual Código de Comercio, exigen un replanteamiento armónico de las legislaciones fiscal y comercial. O se impide y prohíbe el decreto de dividendos contra revaluaciones nominales en los activos, conservándose el sistema del Código, o se permite tal operación novedosa destruyendo las barreras que para tal efecto presenta la legislación comercial. Mientras dicha concertación no se produzca, las compañías estarán facultadas para decretar*

---

<sup>794</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco, Reforma al régimen de sociedades y concursos, Editorial Temis S.A., 1999, cap. X, p. 208-209.

<sup>795</sup> SANÍN BERNAL, Op. Cit., p. 55-92.

*unos dividendos abiertamente contrarios a la estructura de las sociedades impuesta por el Código de Comercio, lo que ocasionaría permanentes fricciones entre accionistas y socios, y entre las compañías y las Superintendencias Bancaria y de Sociedades...”<sup>796</sup>.*

Continúa iluminándonos SANÍN BERNAL sobre tan apasionante tema, así: *“hasta que se insertó en la regulación nacional la institución revolucionaria e invasiva de los ajustes integrales por inflación, el tema de la existencia o inexistencia de las ganancias y de las pérdidas, la determinación de su monto, y la cuantía y época de distribución de las utilidades, eran coto propio del Código de Comercio; hoy su regulación se comparte con normas fiscales y contables novedosas que, en muchos aspectos, lo desbordan y sobrepasan.”<sup>797</sup>*

De tal modo que todo lo relativo a las utilidades debe ser visto a través de la aplicación o no de los ajustes inflacionarios, que serán explicados a continuación.

Todos tenemos una idea aproximada del significado de la inflación debido a que es una constante en nuestra economía, y seguramente esa idea está cercana a la de un aumento de los precios en un período determinado. Para hacer mayor claridad veamos algunas definiciones: Para la Dirección General de Impuestos Nacionales (DIAN) la inflación es *“un fenómeno económico que se produce por el incremento sostenido y generalizado en el nivel de precios y tiene como efecto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda”<sup>798</sup>*. JOSÉ MANUAL ROSANAS, en su libro *Empresa e inflación* explica que para que se configure este fenómeno, tienen que confluír dos condiciones: *“que sea un aumento generalizado –es decir, que afecte a todos o a la mayor parte de los precios y servicios disponibles, y no únicamente a unos pocos- y que sea sostenido –es decir, que los precios no vuelvan a bajar a su nivel anterior poco después de haber subido-, sino que persistan en su tendencia*

---

<sup>796</sup> *Ibíd.*

<sup>797</sup> *Ibíd.*

<sup>798</sup> *Ibíd.*



*ascendente*".<sup>799</sup>

La inflación es "*siempre signo de una serie de cambios provocados o sufridos por una sociedad y que afectan la repartición de su renta, la estructura del gasto, la composición de los costos, y la asignación de sus recursos y de sus cargas*" (BERNARDO PONCE, La inflación).

*"Acudiendo a su origen etimológico, equivale a inflatio que viene de inflare: 'inflar', 'abultar', y, en opinión de CARLOS MARIO LONDOÑO (La inflación) es:*

*'Una hinchazón, una pura enfermedad económica que no solo ataca las bases y las estructuras de la economía, sino que mina la política, la moral, desquicia la democracia, y lanza la sociedad hacia la aventura del desorden y hasta el caos. Se origina por cierto desequilibrio entre la oferta de bienes y servicios a los precios corrientes y la demanda monetaria. En esencia la inflación es un desajuste que está dentro de la estructura de cierta sociedad'*"<sup>800</sup>.

En Colombia, como dijimos, ha sido una constante la inflación alta, a pesar de que en los últimos años la inflación ha bajado a niveles de un solo dígito; pero lo que sí es seguro es que su presencia seguirá siendo permanente en nuestra economía ya que reiteramos que se trata de un desorden estructural de cierta sociedad, desorden que depende en mayor o menor grado de la toma de medidas económicas por parte del Gobierno Nacional.

Pues bien, como es lógico suponer, la exclusión de este fenómeno en los análisis económicos y financieros produce una distorsión en los resultados, la cual es posible evitar (total o parcialmente) con los ajustes por inflación.

*Determinar y liquidar los resultados de las empresas bajo el parámetro miope de unas utilidades con relación a las cuales se ignoraba el efecto que el*

---

<sup>799</sup> *Ibídem.*

<sup>800</sup> *Ibídem.*

*deterioro permanente del valor verdadero del peso colombiano producía en términos reales sobre ellas, haciendo referencia a una moneda expresada en pesos corrientes sin atender su valor real o constante, llevaba a situaciones que no eran equitativas. Al desestimarse en los estados financieros el efecto depredador que la inflación produce en la información contable, comercial y financiera, y que lleva a desconocer que un peso de un año determinado tiene un significado real muy diferente al de otro peso de un distinto año, se producían efectos tan absurdos, por la total ausencia de ponderación matemática, como los siguientes:*

- *Que las pérdidas de ejercicios anteriores permitieran ser compensadas con utilidades de ejercicios posteriores. Absorber con pèsitos pérdidas de pesos pesados.*
- *Viceversa, afectar reservas patrimoniales provenientes de utilidades de ejercicios anteriores con pérdidas del período: compensar reservas reales con pérdidas insignificantes, no comparables.*
- *Distribuir utilidades y pagar dividendos sin homologar los pesos ganados por la compañía con los pesos entregados a sus propietarios. Y el asociado agradecido por un dividendo ilusorio, no detectaba el despojo que sufría en términos reales; a pesar de que en apariencia, y con la aritmética contable, todo se compensaba.*
- *Asimilar en cifras nominales el vaslor de una suscripción tardía con el esfuerzo de una inversión inicial en el capital; al socio o accionista que llegaba a la sociedad muchos años después de su constitución se le equiparaba con el constituyente en lo referente a su aporte al capital inicial.*
- *Las pérdidas recientes podían colocar a la sociedad en estado de disolución por cuanto nominalmente afectaban el patrimonio social hasta colocarlo por debajo del 50% del capital suscrito (en las por acciones) o social (en las demás). Se permitía comparar pérdidas nominales de hoy con capitales reales de ayer, sin ninguna actualización de sus valores comparativos.*
- *El socio o accionista que ha ingresado recientemente, con inversiones en pesos de hoy, ejercía su derecho de voto en las asambleas o juntas de socios de manera igual que el constituyente de hace años, ignorando el abismo existente entre el esfuerzo financiero real del uno y del otro.*
- *El desfase temporario entre el momento de ocurrir la operación generadora de utilidades y el vencimiento en el pago de los impuestos*

*directos o indirectos originados en ella, desvirtuaba la finalidad del tributo y desfiguraba el peso real de la tributación en las operaciones sociales. Lo que, en parte por lo menos, se neutraliza con las retenciones en la fuente, ya generalizadas, y cuyas tarifas y bases han creado una situación contraria en la que la retención y el desembolso se causan antes del vencimiento nominal y en cuantías superiores al impuesto neto derivado de la operación, generando saldos a favor del contribuyente cuya devolución, en algunos casos es difícil, y en otros solicitarla es desaconsejable.*

- *En los contratos cuya base o remuneración se refiere a las utilidades, el pago posterior que se realizaba no era armónico con las utilidades reales producidas en ejercicios anteriores. Pueden mencionarse ejemplos como los de la remuneración del socio industrial (C. De Co., arts. 137 a 139 y 380) y del gestor, y como las cuentas en participación, la agencia mercantil, el consorcio, las regalías, las franquicias, y las bonificaciones no constitutivas de salario (Ley 50 de 1990, art. 15), entre muchos otros<sup>801</sup>.*

Como podemos concluir fácilmente de todo lo anterior, existía bajo nuestro sistema jurídico una disparidad absoluta entre la realidad económica de las empresas en general, y la manera de registrar y presentar dichos resultados. En palabras de SANÍN BENAL:

*“Desde la perspectiva del Código de Comercio, se presentaba en el sistema colombiano, por lo tanto, una manera de medir los resultados y de estimar la situación financiera de las empresas, y de consagrar y ejercer derechos al interior de las sociedades, que ignoraba una realidad incuestionable y categórica, percibida cotidianamente en todas las demás actividades: la de que día a día la inflación iba desfigurando la veracidad de las cuentas, la confiabilidad y certeza de la información, y la comparabilidad en el tiempo de los resultados y de las operaciones. Montados los regímenes financiero, contable y jurídico de las empresas sobre una base no solo endeble, sino definitivamente falsa y engañosa, poco podía esperarse que los estados de situación y de resultados pudieran ser representativos y comparables, que los impuestos pagados pudieran corresponder en realidad a la carga fiscal que nominalmente comportaban, que a los socios y accionistas se entregara lo que justamente correspondía, y que cuando el Código de Comercio se refiera a utilidades y a pérdidas estas se reliquiden período a período para poder ponderarlas en el tiempo traduciéndolas a cifras constantes.”*

---

<sup>801</sup> *Ibidem.*

*“Se fue así aireando la necesidad de implantar un nuevo lenguaje financiero que rompiera las ataduras impuestas por las obsoletas y desactualizables cifras aritméticas, y que tradujera la información a cifras reales.*

*“No podía desconocerse, para implementar esa nueva concepción, que la inflación ha sido una constante histórica en nuestro país, unas veces mas acentuada que otras, y que hacia el futuro está impuesta por la realidad económica y por los términos de intercambio internacional, independientemente del acierto o cautela con que se manejen las finanzas públicas. Si se nos impone convivir con un precepto que día a día va modificando los valores nominales de los resultados, de los activos, de los pasivos, de los patrimonios, de las ventas y los costos y los gastos. era imperioso desprendernos de la antigua concepción historicista y acomodarnos a la realidad, y prepararnos a ‘recalcular permanentemente’ las cuentas todas que conforman y soportan la información financiera.*

*“Con dificultades, con múltiples vicisitudes, con valor frente a la reacción inicial ante lo desconocido, en ocasiones con contradicciones, se comenzó a consolidar un sistema orgánico e integral del que se desprendían un nuevo lenguaje y diferentes estructuración mental y conceptualización teórica, ya ensayados en otros países, y con éxito en tierras cercanas o similares en sus características a las de Colombia, como Argentina, Uruguay, Brasil y Chile.*

*“Sin olvidar que en materia fiscal, antes de dictarse el Decreto 2687 de 1988, el régimen fiscal colombiano había intentado ajustarse a la inflación, por lo menos parcialmente. Los contribuyentes estaban ya familiarizados, entre otros, con los ajustes anuales facultativos en los activos fijos (Decretos 2247 de 1974 y 2595 de 1979). con los ajustes ocasionales a valores comerciales (arts. 65 de la ley 75 de 1986 y 16 de la ley 49 de 1990), y con la actualización anual de las cifras monetarias (recogida por la misma ley 75 de 1986). Contablemente, también, el registro obligatorio de las valorizaciones en los activos, primero en cuentas de orden y después integradas en el patrimonio, respondían al reconocimiento de una realidad inflacionaria en todo o en parte. Estos antecedentes fueron tímidos reconocimientos a los efectos que la inflación introducía en la marcha de las empresas, y son demostrativos de que sí se tenía sensibilidad frente a tal fenómeno.*

*“Integral, masiva y comprensivamente, se legisla sobre inflación en 1988 (Decreto 2686). siguiéndose parcialmente las recomendaciones de la misión canadiense del profesor MAC LURE. La discusión de las normas iniciales lleva a su rediseño, primero con el Decreto 1744 de 1991, luego con los Decretos 2911 y 2912 de 1991, y posteriormente con los Decretos 2075 y 2077 de 1992 y 180 de 1993, y finalmente con las leyes 174 de 1994 y 223 de 1995. La trayectoria de estas normas, su accidentado tránsito por las*

*cortes jurisdiccionales, y los cambios de ritmo y de concepto en ellas implícitos, no son asunto atinente al tema de esta tratativa, y llenan páginas interminables de historia jurídica y económica en Colombia. La actual regulación básica sobre ajustes se halla en el Estatuto Tributario y en el Decreto 2649 de 1993, refiriéndose el primero a las consecuencias tributarias y el segundo su tratamiento contable. El Código de Comercio nada ha recogido sobre inflación, por lo que se quedó rezagado de la realidad.*

*“El mecanismo adoptado se fundamenta en que los ajustes tienen como base las cuentas de resultado, el patrimonio, y los activos y pasivos no monetarios entendiéndose por tales los que son susceptibles de adquirir un mayor valor nominal por efecto del demérito del poder adquisitivo de la moneda (E. T., arts. 338 y 343). Afectarán la renta líquida y las utilidades los mayores o menores valores de los bienes y deudas que en términos nominales modifican su valor como consecuencia de la inflación.*

*“Como resultado de reexpresar las cuentas todas de las compañías se crea una cuenta de resultado de ‘corrección monetaria’, a donde irán como ingreso (crédito) los ajustes en los activos no monetarios y en los costos y gastos, y como egreso (débito) el ajuste en los pasivos no monetarios, en el patrimonio y en los ingresos. Es una especie de G&P (P&G) nuevo, paralelo y complementario. El resultado neto periódico de esta cuenta expresará las utilidades o pérdidas “por exposición a la inflación”, las que se sumarán algebraicamente al saldo positivo o negativo que arroje el estado de resultados liquidado en la forma tradicional, para que la sumatoria indique los resultados consolidados del período ya complementados con el efecto inflacionario, después de haber llevado a las cuentas del balance los ajustes positivos o negativos a sus valores, ocasionados por el mismo fenómeno económico”<sup>802</sup>.*

Sin embargo, como suele suceder en nuestro país, las cosas positivas no son fáciles de mantener, o no son fácilmente asimilables, por lo que muchas veces se echan para atrás, si es que alguna vez se llegaron a implementar. Ese es el caso que nos ocupa, ya que el artículo 11 de la Ley 488 de 1998 con vigencia a partir del 10 de enero de 1999, excluye los inventarios y las compras de los activos ajustables. Se dispone allí que la nueva versión del artículo 338 del Estatuto Tributario es la de que *“En general, deben ajustarse de acuerdo con el PAAG, con excepción de los inventarios y de las compras de mercancías o inventarios [sic],*

---

<sup>802</sup> *Ibíd.*

*todos los demás activos no monetarios que no tengan un procedimiento de ajuste especial, entendidos por tales aquellos bienes o derechos que adquieren un mayor valor nominal por efecto del demérito del valor adquisitivo de la moneda.”* La exclusión aquí tratada se aplica para fines tributarios y contables, como lo señala el artículo 14 de la misma Ley.

Pero el “reversazo” no se quedó ahí, como nos lo explica el SANÍN BERNAL:

*“Igualmente, con la derogatoria del artículo 348-1 del Estatuto Tributario, consagrada en el artículo 154 de la ley 488 de 1998, se suprime la obligación establecida por el decreto 1744 de 1991 de ajustar por inflación (a partir del año gravable de 1994) los ingresos, costos y gastos del período gravable. No obstante encontrarse una decisión tan importante oculta en las derogatorias de esta ley, con esta disposición efectivamente se elimina el ajuste por inflación a las cuentas de resultado”* (el subrayado es nuestro)<sup>803</sup>.

Lo anterior conlleva necesariamente a concluir, tal como efectivamente lo hace el SANÍN BERNAL, que del mecanismo original y completo solo quedó un retazo, y a que tengamos obligatoriamente que recordar aquel dicho según el cual “no hay felicidad completa”, expresado por otros también como “peor es nada”.

Continúa así el autor:

*“Tales exclusiones de ciertas cuentas a ser realizadas, en lo relacionado con inventarios (en el activo) y con las partidas del estado de resultados (G&P), quitan el carácter de ‘integral’ al sistema de ajustes por inflación, para tornarlo en un mecanismo meramente ‘parcial’.*

*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 1 de la ley 488 de diciembre 28 de 1998, el gobierno nacional tuvo facultades extraordinarias durante cuatro meses para modificar o derogar el sistema de ajustes integrales por inflación consagrado en el Título V del Estatuto Tributario, disposición que analizada desde el punto de vista de sus efectos trajo como consecuencia inevitable la imposibilidad de aplicar fiscalmente las normas que llegaran a ser dictadas por el gobierno revestido de dichas facultades, puesto que la regulación que*

---

<sup>803</sup> *Ibidem.*

*éste expidiera tendría la categoría de decreto, razón por la cual sus efectos se circunscribirían solo al aspecto contable (valor de los activos, del patrimonio y de las utilidades o pérdidas), y no tendría por lo tanto efectos tributarios. Ordena la Constitución que la iniciativa en materia de contribuciones es privativa del Congreso Nacional, y que reviste la característica de indelegable (Const. Pol., art. 150).*

*Para que las normas que se expidan con la finalidad de modificar o derogar el sistema de ajustes integrales por inflación tengan efectos fiscales (aumentando o disminuyendo la renta líquida y los impuestos) debe tramitarse y sancionarse una ley, la cual se podría aplicar en el mismo período si beneficia al contribuyente evitando que se aumenten sus cargas, o se aplicará a partir del próximo período si conlleva desventajas para éste, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional ‘sobre vigencia inmediata de las normas tributarias si son favorables al contribuyente (sent. C-527 de 1996), y con la aplicación del inciso 3° del artículo 338 de la Constitución Política.*

*En el proyecto de la ley 633 de reforma tributaria de 2000 se intentó volver a someter a ajustes por inflación a los inventarios y a las cuentas de resultado. Este aspecto perdió protagonismo en las discusiones finales y desapareció del texto final que fue sancionado por el presidente de la República. Por lo tanto, los ajustes por inflación continúan con aplicación parcial, sin que su cobertura tenga la naturaleza de “integral” que tuvo en un comienzo.*

*A mayor exposición a la inflación, mayores utilidades. Y consecuentemente, con la eliminación de la deducción teórica fiscal, mayores impuestos. El resultado de las sociedades no depende solo de la capacidad de generar superávit operacional, de la habilidad gerencial para superar los costos y los gastos con los ingresos y las ventas. Es imperioso analizar un nuevo determinante de las utilidades o de las pérdidas: la estructura patrimonial y la naturaleza de los bienes y de las deudas.<sup>804</sup>*

El sistema de ajustes por inflación (en su versión original integral, o en su modalidad actual parcial) incide en las compañías básicamente en dos campos:

- *“Financiera y contablemente. altera (actualizándola) la información de los estados financieros todos, y consecuentemente modifica los valores de los activos, de los pasivos y de los resultados. Al redefinir las utilidades, altera la calidad y cuantía de la información que se presenta ante terceros (acreedores, inversionistas y propietarios) e interviene también en las*

---

<sup>804</sup> *Ibídem.*

*relaciones con los asociados y en las expectativas y conveniencia y riesgos derivados de la distribución efectiva de utilidades.*

- *Tributariamente, de varias maneras: modifica la renta líquida y consecuencial y necesariamente, el monto del impuesto sobre la renta; e incrementa activos y patrimonio lo que genera una mayor renta presuntiva que a su vez puede ocasionar incremento en impuestos.*

*Todo lo anterior lleva a concluir que los ajustes por inflación, tanto los contables como los fiscales, comportan una modificación estructural a la visión ya arcaica de las sociedades diseñada por el Código de Comercio de 1971 y que no se alteró ni se actualizó con la expedición de la ley 222 de 1995, habiéndose desaprovechado por el gobierno y por el Congreso una oportunidad estelar para modernizar la estructura societaria, poniéndola al día y sincronizándola con las regulaciones contables.<sup>805</sup>*

Vemos entonces que del “sistema” parcial de ajustes por inflación que sobrevive en Colombia, permanecen, con respecto a las utilidades, aspectos como el de que las utilidades por exposición a la inflación, efecto de ajustar con el PAAG (porcentaje de ajuste del año gravable) los activos y pasivos no monetarios, y el patrimonio, para determinar un saldo neto (favorable o desfavorable) de la cuenta de corrección monetaria (complementaria de la de las utilidades y pérdidas tradicionales, que arroja utilidad o pérdida “por exposición a la inflación”), deben registrarse en los estados financieros de manera separada a los resultados que se han liquidado con el modelo tradicional. La utilidad estará conformada por dos componentes: el ordinario y el inflacionario. Así lo indicó el artículo 20 del Decreto 2912 de 1991:

*“Las partidas contabilizadas como crédito en la cuenta de corrección monetaria, menos los respectivos débitos registrados en dicha cuenta, . constituyen la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, para efectos de la determinación de la utilidad comercial del respectivo período...”*

Principio que en lo fundamental se repite y reitera en el artículo 109 del Decreto

---

<sup>805</sup> *Ibidem.*



2649 de 1993:

*“Las partidas contabilizadas como crédito en la cuenta de corrección monetaria, menos los débitos registrados en dicha cuenta, constituyen la utilidad, excedente, o pérdida por exposición a la inflación, para efecto de la determinación de la utilidad o excedente del respectivo período”*

Frente a este “fenómeno”, SANIN BERNAL tiene nuevamente una brillante anotación:

*“En este aspecto de la presencia de utilidades dentro del patrimonio se llega a una conclusión, inimaginable dentro del esquema tradicional de análisis corporativo: si las utilidades provienen de la exposición a la inflación, mientras más altas sean mayor debilidad estructural del negocio revelan; a más utilidades menor seguridad: las utilidades por exposición a la inflación son una llamada de advertencia a los asociados y a los acreedores de la compañía sobre la forma como se manejan los negocios y sobre su falta de solidez. De manera contraria a lo hasta ahora usual, serán mejores y más confiables las compañías que menores utilidades inflacionarias registren. Se produce entonces una especie de cambio de signo y de significado a las utilidades, dejando éstas de constituir un aspecto positivo de los resultados y del patrimonio, y en un motivo de satisfacción gerencial, para convertirse en una advertencia negativa, en un estigma, en una alarma, en fuente de preocupación.*

*Porque tales utilidades dañinas, que incrementan los resultados comerciales y la renta líquida de la sociedad, provienen de errores de gerencia o de debilidades estructurales, tales como: altos índices de endeudamiento, bajos índices de propiedad, pasivos excesivos, requerimientos insatisfechos de capitalización y activos innecesarios. Causando otro efecto que no es irrelevante: el consecuencial incremento del patrimonio líquido que servirá de base para determinar la renta presuntiva para los ejercicios fiscales siguientes.*

*Deben saber los administradores sociales, por lo tanto, que el acierto de su gestión se está poniendo en duda al registrarse utilidades inflacionarias; sabrán los acreedores y proveedores que tales utilidades en el patrimonio califican a su cliente como un mal riesgo; han de saber los socios y accionistas que esas utilidades son el presagio de dificultades futuras. Todos tienen que reevaluar sus conceptos y mirar los estados financieros con una óptica diferente a la convencional, y desconcertantemente contraria a la*

*tradicional acogida por el Código de Comercio” (El subrayado es nuestro)<sup>806</sup>.*

Siguiendo con el autor:

*“Aún sin ajustar las cuentas de resultado, el G&P (conocido tradicionalmente como P&G) adopta tres versiones —como mínimo—, cuya identificación y metodologías de evaluación son importantes no solo para apreciar el efecto inflacionario sino para tener modalidades que permitan compararse con el resultado neto de ejercicios anteriores a 1992, y que serían:*

- El histórico, en valores monetarios corrientes, comparable con los ejercicios anteriores a 1992;*
- El saldo neto de la cuenta de corrección monetaria, crédito o débito, que envía a los resultados utilidades o pérdidas adicionales; y*
- El consolidado, resumen de todos los anteriores, sin base comparativa ni términos de referencia en períodos anteriores a 1992.*

*La utilidad del período es el resultado de las utilidades (o pérdidas) tradicionales más (o menos) las utilidades (o pérdidas) por exposición a la inflación. No basta el Código de Comercio para el cabal estudio de las utilidades; hay que complementarlo necesariamente, con las disposiciones sobre ajustes contables por inflación del decreto 2649 de 1993<sup>807</sup>.*

Tal y como lo hemos venido diciendo desde el inicio de este punto, porque además las consecuencias obviamente se extienden a la distribución de dichas utilidades.

*“Y deben ser conscientes los socios y accionistas de que tales utilidades por exposición a la inflación no pueden ser distribuidas, o de serlo, debe actuarse con especial cautela para no lesionar la tesorería, y para no afectar a la sociedad misma como fuente que es de utilidades futuras. Si uno de los objetivos de los ajustes inflacionarios es el de proteger la unidad productiva de los efectos distorsionantes que la inflación produce en la información financiera, mal puede procederse a distribuir en dinero el resultado neto de, entre otras causas, las valorizaciones inflacionarias. No pueden existir expectativas serias sobre distribuciones, cuando su origen es un ajuste sólo nominal.*

---

<sup>806</sup> *Ibídem.*

<sup>807</sup> *Ibídem.*

*Crear un nuevo concepto de utilidades, de diferente origen, con finalidades básicamente contables, exigiría adoptar una postura sobre el destino de tales utilidades muy diferente al beneficio inmediato de los socios y accionistas. **Por el contrario, el horizonte de las utilidades por inflación debe ser el de mantener el patrimonio del negocio.** Flaco servicio prestaría semejante cambio si a la postre viéramos a las sociedades imposibilitadas de ejercer su objeto social debido a que sus propietarios retiraron (a título de dividendo en dinero) los fondos que precisamente se necesitaban para proteger el patrimonio del impacto inflacionario, y para mantener los volúmenes de capital de trabajo requeridos.*

*Sorprende que ninguna previsión se toma en la ley para impedir que utilidades inflacionarias se conviertan en dividendos en efectivo. Cuando el artículo 20 del derogado decreto 2912 de 1991 y el artículo 109 del decreto 2649 de 1993 determinaron que las utilidades por exposición a la inflación hacen parte de las utilidades comerciales o excedentes de las compañías, se reconoce el derecho a los titulares de cuotas o acciones a que, en ejercicio de privilegios establecidos por un obsoleto Código de Comercio, desajustado a la realidad presente, se distribuyan utilidades o se decreten dividendos fundados en la inflación, y se haga en los muy altos porcentajes determinados por la ley. Esta expectativa, legítima en apariencia, vulnera el derecho de las compañías a mantener una robustez patrimonial indispensable para permanecer en el negocio.*

*No ocurriría lo mismo si un legislador providente y previsivo hubiera excluido las utilidades generadas por los ajustes inflacionarios, del monto de los beneficios distribuibles. En algunos estatutos sociales están incluyéndose cláusulas que evitan tal reparto, cláusulas convenientes pero cuya legalidad es dudosa ante las normas de la legislación comercial que imponen distribuciones mínimas y obligatorias, como las disposiciones de los artículos 155 y 454 del Código de Comercio.*

*Alguna luz se filtra por el artículo 15 del decreto 2912 de 1991, sobre prohibición de distribuciones en dinero, pero dirigida esta vez a las provenientes de incrementos patrimoniales producidos por ajustes en la cuenta de revalorización del patrimonio, norma no precisamente aplicable al caso que se comenta, pero al menos indicaría del espíritu legal de proteger el patrimonio derivado de ajustes, impidiendo que se convierta irresponsablemente en dividendos en dinero. Pero es un destello tenue que no alcanza a expresar prohibiciones categóricas de decreto de dividendos sobre 'utilidades inflacionarias', máxime si se entiende que las normas prohibitivas pueden construirse solo de manera restrictiva.*

*En cuanto a la distribución de utilidades en dinero, es necesario encontrar un justo medio que vele por la integridad patrimonial del negocio sin despojar al*

*asociado de un dividendo razonable. Sin llegar al extremo de distribuir la totalidad de las ganancias inflacionarias, en perjuicio de la subsistencia misma de la empresa, sobre un concepto tradicional para el reparto de las utilidades, y lejos del extremo contrario de que nada de lo inflacionario pueda pasar al asociado. ¿Cómo encontrar una versión equitativa de las 'utilidades distribuibles'? Tal vez partiendo de la base de las utilidades normales o tradicionales, adicionadas con un componente de las inflacionarias determinado por las disponibilidades de tesorería y considerando los requerimientos de capital de trabajo adicional, entregados en la época de realización efectiva de la ganancia; atendiendo más a los flujos de efectivo que a las utilidades nominales.*

*Podrían protegerse de esta manera, aún no vertida a la legislación positiva, los derechos armónicos y convergentes del asociado y de la compañía: superando el viejo sistema en el cual la presencia de la inflación permitía a las sociedades retener utilidades reales en perjuicio del asociado, así como el actual de permitir distribuir las anticipadamente en deterioro del patrimonio social real; y evitando la consecuencia del método vigente aplicado sin atenuantes, que llevaría a que los entes económicos redujeran su capacidad de respuesta y su dimensión real en beneficio de la rentabilidad de la inversión de los asociados.*

*Algo intermedio puede llevarse a la práctica mientras se ve claridad legal: como lo sería acordar decretar en acciones y cuotas sociales parte significativa del dividendo, específicamente aquella que corresponda a excesos de la utilidad tradicional correspondientes en todo o en parte a las utilidades por exposición a la inflación: tal dividendo en especie respeta la tesorería y los intereses superiores de la sociedad, y satisface por lo menos parcialmente al asociado. pues las acciones y cuotas nuevas entregadas como distribución de utilidades tienden a alcanzar en la bolsa de valores el precio de las anteriores, y representan una mercancía realizable cuyo valor realizado sustituye al dividendo en dinero.*

***Debido a la falta de actualización en la legislación comercial (acentuada por la total ausencia de regulación sobre el tema, muy patente en la ley 222 de 1995), para los abogados la conceptualización de las utilidades, aún hoy, después del sacudón telúrico producido por las disposiciones sobre ajustes por inflación, sigue siendo la misma, la del Código de Comercio, la mencionada en los artículos ya referidos del citado código.***

*Ignorando que los ajustes alteraron la estructura societaria, y que en realidad las utilidades están conformadas por dos componentes de muy distinta naturaleza, el régimen de utilidades del Código de Comercio sigue siendo el tradicional, como punto de referencia para amortizar pérdidas, servir de base para los dividendos, determinar si a las distribuciones se aplican o el artículo*

155 o el 454 del Código de Comercio, para liquidar la reserva legal y las reservas ocasionales y estatutarias, y para definir si la sociedad ha incurrido en la causal de disolución por pérdidas al romperse la ecuación mínima que debe existir entre el capital y el patrimonio sociales, y para ejercer el derecho de voto fincado en el valor nominal de los aportes.

*Decretar un dividendo produce efectos nuevos no previsibles bajo la óptica tradicional de los estados financieros históricos. Una vez la asamblea o junta de socios dispone de las utilidades para distribuir las, y para pagarlas dentro de los doce meses siguientes, la totalidad del dividendo decretado pasa a hacer parte del pasivo externo social y, consecuentemente, disminuye el patrimonio del cual se sustrajeron las utilidades distribuidas, desde el mismo momento de la decisión del máximo órgano social colegiado. La afectación de parte del patrimonio a regresar a los socios o accionistas como distribución de utilidades produce un efecto instantáneo de reducción patrimonial, sin que importe la época de la exigibilidad o del pago del dividendo. Habrá que actuar con cautela en la política de distribución y en las fórmulas de decreto del dividendo, para evitar el efecto anticipado de detracción patrimonial derivado de un retiro del patrimonio muy anterior al pago efectivo. Porque mientras más tiempo permanezcan en el patrimonio las utilidades que van a ser reembolsadas al socio o accionista como distribución, más benéfico será el impacto en la capacidad de la compañía de afrontar los efectos negativos de los ajustes integrales representados en mayores utilidades inflacionarias y en mayores impuestos. Será necesario, tal vez, multiplicar durante el año las sesiones de asambleas de accionistas o de juntas de socios, en las cuales se decreta a cuentagotas el dividendo acompañando la decisión con las épocas del pago efectivo, o encontrar mecanismos alternativos como la abstención del decreto de distribución reemplazándolo por una autorización para entregar a los propietarios de la compañía anticipos contra dividendos futuros los cuales podrían oficializarse en las sesiones ordinarias del año siguiente pagándolos mediante la cancelación de los anticipos, lo que redundaría en conservar durante todo el período las utilidades como componente del patrimonio que es generador de débitos (gastos) en la cuenta de resultados de corrección monetaria.*

**Se requiere acompañar la legislación comercial a la nueva realidad contable, fiscal y financiera, para regular cual es la incidencia de las utilidades por exposición a la inflación en instituciones como apropiación de reservas, amortización de pérdidas, causales de disolución, porción obligatoriamente convertible en dividendos en dinero, y aplicación forzosa y definitiva al patrimonio. Hasta tanto esta actualización normativa no se produzca, se vivirá un clima de duda, y de pugna entre los socios y accionistas y los administradores sociales, los primeros buscando mayores distribuciones, los segundos promoviendo la protección del patrimonio social; y existirá**

***incertidumbre sobre interpretaciones aplicables, lo que creará situaciones de fricción en el seno de asambleas de accionistas y juntas de socios***” (resaltados fuera del texto) <sup>808</sup>.

Pero hay todavía más consecuencias producidas por los ajustes por inflación:

*“Desaparecida la renta presuntiva sobre ingresos (ley 49 de 1990) y subsistiendo hasta 1998 la presuntiva sobre patrimonios bruto y líquido (ley 223 de 1995, art. 93), luce axiomático y un tanto obvio afirmar que a mayores activos y patrimonio, mayor renta presuntiva y mayor impuesto sobre la renta, y consecuentemente menor será el monto de utilidades remanentes distribuibles a los asociados. A partir de 1999 la renta presuntiva tiene como base única el patrimonio líquido (ley 488 dc 1998, art. 5°). El legislador del año 2000, ya agonizando el año, no acogió la propuesta del gobierno Pastrana de restablecer el patrimonio bruto como base alternativa adicional de la renta presuntiva.*

*Los ajustes por inflación incrementan el patrimonio por una de las dos siguientes vías, o por ambas: remitiendo mayores utilidades por exposición a la inflación, vía cuentas de resultado; o por ajuste directo del patrimonio, como superávit o revalorización (decrs. 2075 de 1992, art. 13; 1744 de 1991, art. 11; 2649 de 1993. arts. 90 y 109).*

*La inflación por sí sola, más el efecto derivado de la exposición patrimonial a la misma, conllevarán sucesivos y significativos incrementos patrimoniales. Mientras tanto, la tarifa de la renta presuntiva ha pasado del seis por ciento (6%) en 1992 al cinco por ciento (5%) en 1996 y siguientes, disminución que no se compadece con el incremento en la base patrimonial. La reforma Santos (año 2000) restableció la tarifa al 6%.”<sup>809</sup>*

Para no dejar incompleta la historia de cómo se pasó de un sistema integral a uno parcial de ajustes, y además ver cómo se han desperdiciado oportunidades valiosas para corregir las deficiencias actuales, es menester leer los hechos bajo la óptica inigualable de SANÍN BERNAL:

*“El ajuste en los ingresos y los egresos fue opcional durante 1992 y 1993, tornándose en imperativo para los años 1994 y siguientes (decrs 2075 de*

---

<sup>808</sup> *Ibidem.*

<sup>809</sup> *Ibidem.*

1992, art. 16 y 2077 de 1992, art. 5°), Esta voluntariedad en los ajustes abarcó los dos campos, el contable y financiero, y el tributario.

*Asumiendo que el comportamiento de ingresos y egresos, y de compras y ventas, sea estable en el período, y no se caracterice por picos o estacionalidades; y que no se presenten desviaciones significativas entre los inventarios inicial y final, puede afirmarse que el resultado de los ajustes en las cuentas de resultado tiende a cero por su efecto neutro. Se producirán utilidades o pérdidas por inflación, si compras o ventas son estacionales o si se produjeron diferencias de significación entre los inventarios. Tal tendencia hacia la neutralidad se refuerza con la contabilización compensatoria que debe efectuarse entre la cuenta de corrección monetaria y el mayor valor de los ingresos, costos y gastos. Esta situación se altera a partir de 1999 al excluirse de los ajustes los inventarios y las compras (ley 488 de 1998, art. 11) y los ingresos, costos y gastos (ley 488 de 1998, art. 154).*

*Lo que sí se ha observado es que ante lo novedoso (y a veces traumático) de los ajustes, ante la especial preparación administrativa y académica que su puesta en marcha exige a los funcionarios de las empresas y de fiscalización tributaria, ante las adaptaciones necesarias en los programas de sistemas y en los procedimientos internos, y frente al efecto neutro final general del sistema (que sorprendió al ministro Rudolph Hommes y a sus asesores), y al recalentamiento de todas las instancias corporativas y a la confusión reinante, después de varios intentos fallidos desde la época de la administración Samper, no solo se excluyeron de los ajustes los inventarios y las compras, de un lado, y los ingresos, costos y gastos, del otro (ley 488 de 1998), sino que el Congreso revistió al Presidente de facultades extraordinarias (art. 21 de la misma ley) ‘por el término de cuatro meses [...] para que modifique o derogue el sistema de ajustes integrales por inflación [...]’.*

*La comisión constituida con base en el artículo 21 de la ley 488 de 1998 para presentar recomendaciones al gobierno nacional sobre el desmonte (total o parcial) o la permanencia de los ajustes por inflación, en acta de abril 20 de 1999, llegó a la conclusión de que el actual sistema de ajustes por inflación es técnico y respeta los principios de equidad y justicia. A su criterio las pocas modificaciones propuestas que son viables, no son sustanciales, ni urgentes dentro de la legislación fiscal. Por tanto, opinó la comisión, no resulta conveniente ejercer las facultades extraordinarias consagradas en el artículo 21 de la ley 488 de 1998.*

*La opinión de sus integrantes, funcionarios todos vinculados a la Dian (acta de abril 20 de 1999), y que tuvieron oportunidad de oír lo que los distintos gremios e instituciones opinaban sobre los ajustes por inflación, se apartó frontalmente de los planteamientos presentados por el Instituto Colombiano*

de Derecho Tributario, y se basó para recomendar mantenerlos, sin modificaciones, en lo siguiente:

- *Eliminar el sistema de ajustes fiscales es un “salto al vacío” [sic] en materia tributaria.*
- *Una eliminación de los ajustes por inflación con incidencia dentro de la determinación del impuesto sobre la renta, desincentivaría a los inversionistas extranjeros.*
- *La complejidad del sistema y el tecnicismo atribuido a los mismos es un terna “ampliamente superado” [sic] en los siete años de experiencia que lleva el país en esta materia.*
- *La gran mayoría [sic] de los gremios de la producción y los organismos técnicos, están de acuerdo con mantener el actual sistema de ajustes por inflación.*
- *El sistema podría ser objeto de algunas modificaciones de corto impacto, como permitir la opción en el manejo de la corrección monetaria diferida, en el caso de los activos en período improductivo, así como precisar aspectos relativos a la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio, para evitar que sea distribuida antes de la liquidación de la empresa.*
- *El actual sistema se ha constituido en un elemento adicional para el fortalecimiento de los capitales de las empresas, por cuanto por la vía de la revalorización del patrimonio, ‘se fortalece el capital de trabajo’ [sic].*
- *El sistema desestimula los (altos) niveles de endeudamiento en las empresas. Un análisis realizado con las cifras de las declaraciones de renta de las personas jurídicas contribuyentes del país, señala que en 1991, cuando aún no estaba el sistema de ajustes, del total de los activos un 75% estaba financiado con pasivos. Ese nivel de endeudamiento ha ido disminuyendo constantemente y en las cifras de 1997 solo el 53% del total de activos está siendo financiado con deudas. Esto es, una disminución en un conjunto superior al 30% en el nivel de endeudamiento, que equivale al fortalecimiento de los patrimonios de las organizaciones empresariales.*
- *Una eliminación de los ajustes por inflación, golpea a todos los contribuyentes. Estos han realizado inversiones en infraestructura tecnológica, que en principio el sistema demandó. Además, un cambio les provocaría no solo “inseguridad jurídica” a los sujetos pasivos, sino la*



*imposibilidad de recuperar de manera normal la inversión mencionada.*

- *El sistema es técnico y necesario como mecanismo de reconocimiento del hecho económico y su sostenimiento no debe depender de los resultados, positivos o negativos, que de él se desprenden, frente al recaudo de impuestos.*<sup>810</sup>

Hay otros temas delicados que habría que entrar a analizar, los cuales, nuevamente, no se le escapan al autor en comentario:

*“Los préstamos de la sociedad a los asociados (que constituyen un activo social) exigen (para determinar la renta de la compañía acreedora) que sobre el principal se liquide un rendimiento presuntivo mínimo equivalente a la corrección monetaria del UPAC dándose aplicación a lo dispuesto por el artículo 35 del Estatuto Tributario. **No se ha analizado con cuidado si esta norma está vigente frente a la inconstitucionalidad de todo el sistema UPAC, declarada por la Corte Constitucional en el año 2000.** Como consecuencia de la liquidación de tales rendimientos nominales, la sociedad tiene un ingreso teórico que incidirá en su renta líquida, mientras que el socio no se beneficia de la deducción correlativa por no tratarse de un egreso causado o efectivo sino presunto.*

*Si el préstamo es a favor de la sociedad y a cargo del socio, genera un doble efecto nocivo si el deudor no está sometido a ajustes, ya que el artículo 347 del Estatuto Tributario dispone:*

*‘Se consideran como disminución del patrimonio. los préstamos que realicen las sociedades a sus socios y accionistas, no sometidos al sistema de ajustes integrales’.*

*De otra parte, los préstamos del asociado a la sociedad (pasivo social) pretenden con frecuencia satisfacer la sed de recursos de la empresa, convirtiéndose en un sustituto (o anticipo) de los incrementos de capital; con la diferencia entre los dos, de que los primeros son para la compañía un pasivo (de naturaleza monetaria, por lo general) mientras que el segundo aumenta el patrimonio; de manera que los primeros no afectan la base para los ajustes débito mientras que el otro sí.*

*Si el socio y el accionista se han desprendido de unos fondos para facilitar la operación social. debieran tener la precaución de trasladarlos a la sociedad de manera que afecten el patrimonio, como capital social o suscrito, con*

---

<sup>810</sup> *Ibíd.*

*prima o sin ella. Dejar los recursos flotando como préstamos, en nada favorece al asociado acreedor, pero en mucho sí se perjudica la compañía. A menos que se mantenga la esperanza de una pronta cancelación de la obligación, y se asuma el costo fiscal que surge de la vigencia del préstamo” (resaltado fuera de texto)<sup>811</sup>.*

Todo lo dicho hasta ahora debe llevarnos a unos corolarios, los cuales sentimos que no pueden ser otros que aquellos señalados por el Dr. Ignacio Sanín Bernal:

*“Lo analizado debe llevar a algunas conclusiones y enseñanzas: los ajustes “integrales” debieran ser, en sí mismos, tributariamente inocuos y financieramente convenientes. Inocuos por cuanto su neutralidad fiscal debe hacerlos incompatibles con el incremento de la carga tributaria en cabeza de los contribuyentes. Convenientes por cuanto aproximan la información a la realidad, y estimulan la toma de decisiones internas en las empresas que contribuyan a su mayor solvencia y liquidez.*

- ***Tal como se ha implementado en Colombia, el sistema de ajustes dista aún mucho de ofrecer una solución neutra e integral.***
- *Es urgente encontrar e implementar en la legislación societaria una fórmula para determinar el monto de las utilidades distribuibles, en la que se consulten la capacidad de caja y la época de realización efectiva de la ganancia, y se asimile el efecto y la participación que en las utilidades produce la inflación.*
- *Debe advertirse a los socios y accionistas que el reparto excesivo de utilidades inflacionarias ataca la supervivencia misma de la empresa como unidad productora de utilidades.*
- *Puede ser beneficioso adoptar en las asambleas de accionistas y en las juntas de socios esquemas de distribución de utilidades que eviten el traslado inmediato de la porción de las utilidades que van a dividendo, al pasivo externo de la sociedad. Como decretar la distribución por tramos, en sucesivas sesiones del órgano de dirección que se realicen dentro de un mismo período; o aprobar períodos contables y financieros mas cortos que el año calendario mediante la respectiva reforma estatutaria.*
- *La renta presuntiva basada en el patrimonio líquido debe revisarse, en su base y en su tarifa, para hacerla consecuente con los incrementos patrimoniales que se producen al aplicar los ajustes integrales.*

---

<sup>811</sup> *Ibidem.*

- *Se requería revisar la conveniencia teórica y pragmática de los ajustes en las cuentas de resultado. Existió en el Congreso, cuando se discutía la ley 223 de 1995 la iniciativa de abolirlos en lo referente a estas cuentas, dejándolos solo para las cuentas de balance (activos, pasivos y patrimonio). Y. en efecto, la ley 488 de 1988 (arts. 11 y 154) ya procedió a excluir las compras, y los ingresos, costos y gastos de los ajustes.*
- *Es aconsejable simular hacia el futuro la situación financiera y tributaria de la compañía, para aplicar consecuentemente los correctivos necesarios contra los efectos fiscales y comerciales desfavorables que se desprenden de los ajustes 'integrales' por inflación.*
- *Se requiere revisar las bases de todos los contratos que estén fundamentados en un porcentaje de las utilidades o de los ingresos, ante la presencia de una nueva versión, no conocida ni intuida enantes, de lo que tradicionalmente fue considerado como ingresos o utilidades.*
- ***El ajuste inflacionario a unos conviene, y perjudica a otros. Pero a todos revela la verdad económica de sus negocios: a quienes disminuyen las utilidades les enseña que en el pasado se estaban mostrando ganancias inexistentes, a quienes las aumentan les recuerda que en el pasado las estaban ocultando; todo, tras la máscara y la mascarada de una información basada en unidades monetarias históricas y corrientes.***
- *La reexpresión (en pesos constantes) de las cifras concretadas en pesos corrientes para desafectarlas de la distorsión originada por la inflación, es indispensable en países con altos índices inflacionarios: no es este el caso colombiano que registra tasas anuales inferiores al 20% o de ese orden, recurrentes durante las dos últimas décadas, y que al exponerse abruptamente a la apertura económica en la era Gaviria ofrece a los empresarios la posibilidad de manejar mucho mas eficiente y racionalmente la rotación de materias primas importadas (lo que minimiza el impacto de la inflación en este tipo de activos no monetarios). Si los ajustes integrales han disminuido la tributación efectiva del universo de contribuyentes, y paralelamente han ocasionado vacilaciones y perplejidades en la información a terceros y a los asociados mismos, y creado traumatismos operativos en las empresas, puede entenderse como una jugada política hábil la de un gobierno que los elimine (generando ingresos fiscales de una parte, y generalizando un sentimiento de tranquilidad en los empresarios, de la otra) no obstante haber estado cerca de haberlos comprendido y asimilado. Lo anterior, en contravía de la conclusión de la comisión gubernamental que deliberó y*

*decidió en aplicación del artículo 21 de la ley 488 de 1998.*

*Es menester atender la prohibición establecida en el artículo 345 (último inciso) del Estatuto Tributario, y en el artículo 90 del decreto 2649 de 1993. La revalorización del patrimonio (efecto de la inflación en el pasivo interno) no puede convertirse en ningún caso en dividendo en dinero. Podrá capitalizarse mediante la emisión y distribución de acciones, o por su transferencia directa a la cuenta de capital.*

*‘El valor reflejado en esta cuenta no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas, hasta tanto se liquide la empresa (sic) o se capitalice tal valor [...]’ (E.T., art. 345).*

*[...] Su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalice su valor de conformidad con las normas legales’ (decr. 2649 de 1993 art. 90)” (resaltados fuera de texto)<sup>812</sup>.*

En este punto incluso las autoridades de control han hecho parte de la controversia que su análisis suscita y han cambiado su punto de vista una y otra vez, dejando ver por un lado la complejidad del tema, y por el otro la inseguridad jurídica que generan y lo errático de su comportamiento. Veamos:

*“La Superintendencia de Sociedades sostuvo de manera reiterada (como en el oficio 220-36566 de 1997) que no era lícito que las sociedades, después de haber capitalizado sumas tomadas de la cuenta de revalorización del patrimonio, procedieran a disminuir el capital mediante reembolso a los socios o accionistas, pues este mecanismo constituía una forma de burlar la prohibición contenida en los artículos 90 del decreto 2649 de 1993 y 345 del Estatuto Tributario. El esquema de capitalizar primero y devolver después los mismos valores, disfrazaba la realidad consistente en que los asociados se estarían repartiendo el dinero que se hallaba representado en la cuenta de revalorización patrimonial con anterioridad a su capitalización. Este criterio de la Superintendencia, que luce lógico al estar basado en el análisis de lo que efectivamente se produce (verdad real) detrás de una apariencia de legalidad (verdad formal) se modificó mediante el oficio 220-13021 de 1998 en el cual se recoge la doctrina anterior (la del ‘fraude a la ley’), y se acepta que las sociedades autoricen disminuciones de capital contra sumas que habían sido tomadas (al capitalizarlas previamente) de la cuenta de revalorización del patrimonio, lo cual fue ratificado en el memorando interno 220-270 de 1999. Y se modificó de nuevo mediante el memorando interno) 300-004 y el oficio*

---

<sup>812</sup> *Ibidem.*

100-9479 de febrero de 2000 (Boletín jurídico 01 de 2000) en el cual se valida la posición originalmente asumida por la Superintendencia de Sociedades, la contraria a la expuesta en el oficio 220-13021, concluyendo que es 'negativa' la respuesta a la inquietud que se formulan quienes han sostenido que 'es legalmente viable que una vez capitalizado total o parcialmente dicho saldo (el de la revalorización), el mismo pueda recibir el mismo [sic] tratamiento que el de un aporte, para efectos de permitir a los socios la entrega de activos sociales a título de reducción de capital, con reembolso efectivo de aportes'. Porque, según el ente controlante, 'permitir que los activos sociales, es decir, la prenda general de los acreedores, se reduzca como consecuencia de la entrega de parte de los mismos a los socios por el monto equivalente a la revalorización del patrimonio que se ha capitalizado, constituye una transferencia de activos a los socios cuya causa no es el reembolso de aportes, como quiera que la capitalización de dicha revalorización, es decir, el 'reflejo' de la inflación, no puede ser considerado como un aporte. Y constituye un espejismo, por decir lo menos, pretender que la prenda de los acreedores sociales no sufre merma si los activos que se entregan a los socios se sustituyen en ella por la expresión contable de los efectos de la inflación. Y puesto que en materia societaria la reducción del capital, cuando implica el egreso [sic] de activos y no la simple reducción del valor nominal de las acciones, constituye un reembolso de lo aportado, forzoso es concluir que para tales efectos no puede tenerse en cuenta el valor de capitalizaciones que no corresponden a aportes.'

Basándose en la diferencia existente entre aportes reales y aportes nominales, y entre capital originado en aportes efectivos y otras modalidades de capital, y reiterando su posición asumida en el año 2000 y contraria a la que sostuvo desde 1998, expresa la Superintendencia de Sociedades, al negar la autorización a reembolsos de sumas que están hoy en el capital pero que provienen de la revalorización patrimonial, que 'no se plantean entonces distinciones entre los accionistas aportantes y los adquirentes de acciones ya suscritas, pues es bastante clara la diferencia existente entre las acciones y los aportes; ni se impide que en los casos en que se capitaliza dicha revalorización se pueda reducir el capital, pues sigue intacta la posibilidad de dar aplicación al artículo 145 del Código de Comercio. De lo que se trata es de preservar la integridad del capital y de tener en cuenta que en la ley se permite la salida de activos equivalentes al valor de los aportes reembolsables. La capitalización de la revalorización en cuestión no corresponde a un aporte, como lo comprueban hasta las propias normas contables sobre el patrimonio, en las cuales se distingue nítidamente entre ambas cuentas y que, además, no consideran que la capitalización de los saldos acumulados en la cuenta de revalorización de patrimonios [sic] pendiente corresponda a un incremento 'real' del patrimonio. [...]. La revalorización del patrimonio no comporta un aumento real de los recursos con que cuenta la sociedad; su capitalización es una simple clasificación del

*ajuste realizado, de manera que una pretendida disminución de capital con cargo a la revalorización capitalizada implica una disminución de la prenda real de los acreedores que no corresponde a reembolso alguno’.*

*No obstante la nueva posición asumida por la Superintendencia de Sociedades en el último concepto transcrito atrás, parte importante de la doctrina defiende la legalidad, legitimidad y viabilidad de que sumas que antes estuvieron en la revalorización del patrimonio y que fueron transferidas al capital, vuelvan al patrimonio de los asociados por la vía de una desinversión corporativa llevada a efecto mediante la aprobación de restituciones y reembolsos de capital. Se fundamentan quienes ello sostienen en que los artículos 345 del Estatuto Tributario y 90 del Estatuto Contable, si bien prohíben la distribución directa de la revalorización, representada en dinero, están también autorizando la devolución de capital (en lo que antes correspondió revalorización de patrimonio, ya capitalizada), pues dichas normas, extractando lo pertinente, dirían que ‘el valor reflejado en esta cuenta no podrá distribuirse [...] hasta tanto [...] se capitalice tal valor [...]’, la primera, y que ‘su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando [...] se capitalice su valor[...]’, la segunda; y se agrega que, además de permitirse tal distribución con base en una interpretación literal de la norma, la prohibición contenida en las mismas disposiciones es inocua en sus alcances, pues hace referencia a la distribución de la revalorización como una ‘utilidad’, cuando el origen de la cuenta no se halla en las utilidades sino en los ajustes inflacionarios revelados en el patrimonio de la sociedad; y que, por lo tanto, devolver a los asociados capital que antes estuvo reflejado en la cuenta de revalorización patrimonial es totalmente ajustado a la ley.*

*Desestima la Superintendencia de Sociedades argumentos esgrimidos por quienes no están a favor de la postura finalmente adoptada por la Superintendencia, y que se citan en el mismo oficio 100-9479 de 2000, tales como el de que el artículo 90 del decreto 2649 permite la mencionada capitalización sin limitar en forma alguna la destinación que se debe dar al porcentaje de capital compuesto por la revalorización, lo cual significa que una vez capitalizada la cuenta sigue la suerte del capital para todos los efectos; el de que las normas contables y las tributarias dan el mismo tratamiento a las cuentas de prima en colocación de acciones y de revalorización del patrimonio en atención a que ambas aumentan efectivamente el patrimonio de la sociedad, por lo que pueden ser capitalizadas; el de que las normas no establecen de manera explícita y concreta, limitaciones para que una vez la cuenta de revalorización haya sido capitalizada no puedan los asociados percibir recursos sobre esa porción de capital; el de que el artículo 36 del Estatuto Tributario reitera la posibilidad de dicha capitalización y la asimila a la cuenta de prima en colocación de acciones, con lo que se asume que la revalorización debe tener un tratamiento igual al dado a cualquier otra cuenta del patrimonio susceptible*

*de ser capitalizada; y el de que si la sociedad cumple con las exigencias y relaciones establecidas en el artículo 145 del Código de Comercio, y por lo tanto no se perjudican los derechos de los terceros y especialmente de los acreedores sociales, no existe razón en la legislación nacional para que la Superintendencia de Sociedades se niegue a autorizar la operación.*

***Este tema de la permisión o prohibición de la devolución de capital, de valores que llegaron al patrimonio de la compañía merced a la cuenta de revalorización del patrimonio, es, pues, bien debatido y debatible, pues el marco legal que le regula no es claro; por tal razón, la doctrina se divide en opiniones contrarias; y la Superintendencia de Sociedades cavila y avanza y retrocede, mediante conceptos que llegan a conclusiones contrarias a las contenidas en los expedidos con anterioridad”*** (resaltado fuera de texto) <sup>813</sup>

Por tal razón, se llama la atención del Gobierno Nacional para que estos importantes temas sean presentados, a iniciativa suya, al Congreso de la República, debido a que continuar con un sistema anacrónico para la distribución de utilidades se refleja en la debilidad que tienen nuestras Sociedades de Economía Mixta al momento de decretarlas y repartir dividendos, aparte de los problemas de interpretación que ha caudado este vacío legal en la interpretación que sobre esto han dado los organismos de control respectivos y el mismo CONPES en el momento de participar en el reparto y destino de las utilidades de las Sociedades objeto del presente estudio.

Consideramos que la oportunidad para llevar a cabo lo tratado en este punto es el anteproyecto de Ley contable<sup>814</sup> que lidera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para modernizar de una vez por todas el tema planteado en el Código de Comercio, Estatuto Contable, Ley 222 y Estatuto Tributario.

16.6.1.4 Distribución de las utilidades sociales. No obstante suceder acá que el Código de Comercio contenga gran parte de las disposiciones vigentes sobre la

---

<sup>813</sup> *Ibíd.*

<sup>814</sup> Este anteproyecto puede ser revisado en la siguiente dirección electrónica: [http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/FOLDER/REPOSITORIO/NOTICIAS/ANTEPROYECTO+DE+LEY+CONTABLE+\(REGULACI%D3N\).PDF](http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/FOLDER/REPOSITORIO/NOTICIAS/ANTEPROYECTO+DE+LEY+CONTABLE+(REGULACI%D3N).PDF)

materia, conviene hacer nuevamente unas anotaciones previas que complementen el tema desde el punto de vista tributario y contable, debido a que las normas mercantiles contienen vacíos que deben ser complementados por los dos estatutos ya señalados.

a) Consideraciones previas desde la óptica del Estatuto Contable y del Estatuto Tributario. Sobre el tratamiento que el Estatuto Tributario da a las utilidades, se debe seguir a SANIN BERNAL, quien señala lo siguiente:

*“Para el Código de Comercio solo las utilidades pueden ser distribuidas. O, para ser mas exactos, solo la distribución de utilidades está regulada, además del reembolso de capital, durante la existencia de la compañía, como modalidad de retribución económica a los asociados. Sin hacerse diferencia entre utilidades históricas y utilidades por exposición a la inflación, pues las dos integran la versión actual de la utilidad, modificando la versión original del Código de Comercio, hoy obsoleta. Muchos de sus artículos limitan el dividendo a las utilidades, a las del período, o a las de períodos anteriores que se hallan como reservas en el patrimonio. Los artículos 150, 151, 155, 156, 332, 379, 380, 446(2), 451 y 455 son algunos ejemplos.*

**La versión tributaria del dividendo es más amplia**, pues si bien en principio se refiere también —como en el Código de Comercio— a las utilidades, se han dictado normas que regulan las distribuciones como dividendo de la prima en colocación de acciones (E. T., art. 36) y de la cuenta de revalorización del patrimonio (ley 49 de 1990, art. 60 y E. T., art. 345). **Con esta aclaración, sin embargo, para efectos fiscales se entiende (E. T., art. 30) por dividendo o utilidad [sic]:**

*‘La distribución ordinaria o extraordinaria que, durante la existencia de la sociedad y bajo cualquier denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o asimilada, en dinero o en especie, a favor de sus respectivos accionistas, socios o suscriptores, de la utilidad neta realizada durante el año o período gravable o de la acumulada en años o períodos anteriores, sea que figure contabilizada como utilidad o como reserva (...).*

*‘La distribución extraordinaria que al momento de su liquidación y bajo cualquier denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o asimilada, en dinero o en especie, a favor de sus respectivos accionistas, socios o suscriptores, en exceso del capital aportado o invertido en acciones.’*



*El segundo numeral de la anterior disposición, el intermedio del texto, no se incluye en la transcripción de la norma por cuanto en virtud de la ley 75 de 1986, para efectos tributarios, se igualan las sociedades anónimas a las de responsabilidad limitada, y por lo tanto lo allí consagrado no resulta aplicable en la actualidad. Disponía el inciso que constituye dividendo:*

*‘La distribución extraordinaria que, al momento de su transformación en otro tipo de sociedad y bajo cualquier denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o asimilada, en dinero o en especie, a favor de sus respectivos accionistas, socios o suscriptores de la utilidad neta acumulada en años o períodos anteriores’.*

*Vale decir que la modificación de la naturaleza de la compañía no genera, por sí misma, dividendos para los asociados.*

*El significado natural de ‘dividendo’ es la distribución de ‘utilidades’. Se han acuñado así las acepciones de dividendo ordinario (o periódico), de dividendo extraordinario (o esporádico), de dividendo en dinero y en acciones, de dividendo privilegiado y preferencial, y de dividendo final (en la liquidación). Así lo confirma la opinión generalizada de los profesionales del derecho y de la contaduría. Y así, en principio, lo acoge el Código de Comercio, cuando reiteradamente vincula inescindiblemente el acto de la distribución con el reparto de las utilidades.*

*Sin embargo, el mismo Código de Comercio, fisura esta concepción rígida, al hacer referencia en el artículo 379 (2°) a que los accionistas tienen derecho a: ‘recibir una parte proporcional de los beneficios sociales [...]’.*

*La norma no se está refiriendo tan solo a la percepción periódica de utilidades; ni tampoco a los remanentes en la liquidación que recogen todos los conceptos del patrimonio (además de las utilidades del último período y de las acumuladas) pues el derecho a percibirlos está consagrado en el numeral quinto del mismo artículo. Ni se limita a reconocer el derecho del asociado a las ‘utilidades’; va más allá; consciente o involuntariamente extiende el concepto a ‘beneficios sociales’. Lo que ambienta la posibilidad de que el dividendo sea algo más que las utilidades distribuidas; lo que es confirmado y desarrollado por las normas fiscales y contables.*

*En efecto, se encuentra en los artículos 36, 36-3 y 345 del Estatuto Tributario, respectivamente, que disponen:*

*‘La prima por colocación de acciones [...] no susceptible de distribuirse como dividendo [...]’*

*‘La distribución de utilidades en acciones o cuotas de interés social, o su traslado a la cuenta de capital, producto de la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio [...] y de la prima en colocación de acciones, es un ingreso [...]’.*

*‘[...] El valor reflejado en esta cuenta [de revalorización del patrimonio] no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas hasta tanto se liquide la empresa [...]’.*

*Las referencias a distribución de la prima y de la revalorización del patrimonio adicionan conceptos novedosos que, de una parte, son distribuibles, y que son parte de los dividendos en su nueva versión ampliada, la distinta a la del Código de Comercio.*

*Con la ayuda del Estatuto Tributario y desatendiendo la versión limitada original que se expresa en el Código de Comercio, puede hoy redimensionarse el dividendo, abandonando la concepción originaria, incluyendo en su fuente y origen conceptos patrimoniales antes ignorados, para intentar describirlo como ‘la distribución que durante la existencia de la compañía, se hace de dinero, o de acciones, o de cuotas, imputable a cuentas patrimoniales distintas al capital, como a utilidades, reservas, prima y revalorización del patrimonio’.” (Subrayado fuera del texto)<sup>815</sup>.*

Como ya fue señalado en el punto relativo a la determinación de las utilidades (ver punto 16.6.1.3), la Superintendencia de Sociedades sostuvo reiteradamente “*que no era lícito que las sociedades, después de haber capitalizado sumas tomadas de la cuenta de revalorización del patrimonio, procedieran a disminuir el capital mediante reembolso a los socios o accionistas, pues este mecanismo constituía una forma de burlar la prohibición contenida en los artículos 90 del decreto 2649 de 1993 y 345 del Estatuto Tributario. El esquema de capitalizar y devolver, evidenciaba una realidad consistente en que los asociados se estarían repartiéndose efectivamente los valores que se hallaban representados en la cuenta de revalorización patrimonial con anterioridad a su capitalización*”.

Este criterio de la Superintendencia fue modificado por la misma entidad mediante el oficio 220- 13021 de 1998, en el cual se recoge la doctrina anterior (la del

---

<sup>815</sup> SANÍN BERNAL Ignacio, Un Nuevo Derecho Societario: el propuesto desde el Estatuto Tributario, segunda edición, Bogotá, Editorial TEMIS S.A., 2001, p. 93-109.

“fraude a la ley”), permitiendo que las sociedades autoricen disminuciones de capital contra sumas que habían sido tomadas, previa su capitalización, de la cuenta de revalorización del patrimonio.

Algunos apartes del novedoso y discutible concepto de la Superintendencia de Sociedades 13021 (hoy revaluado por la doctrina) son los siguientes:

*[...] La capitalización de la cuenta de revalorización de [sic] patrimonio, si bien parte del supuesto del reconocimiento de una nueva realidad económica, no implica como sucede tradicionalmente con las otras opciones de capitalización posibles, el ingreso al ente social de un nuevo aporte realizado con recursos provenientes del socio o la eliminación de un pasivo a cargo de la sociedad y en favor de los socios o de terceros (en tratándose de sociedades por acciones: suscripción de acciones, capitalización de utilidades y capitalización de acreencias), pues con la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio a diferencia de las aludidas alternativas, el mayor valor se da como consecuencia del simple efecto de la inflación sobre el patrimonio del ente. Lo anterior supone la inclusión de una nueva forma de incremento del capital, distinta en su esencia y naturaleza a las ya citadas, pero que en todo caso implica también el reconocimiento de un mayor valor económico, así no corresponda de manera directa a una erogación por parte de los socios.*

*Sin embargo no debe perderse de vista, que de todas maneras existe relación entre ese mayor valor y los aportes efectuados por los socios, toda vez que el origen de la cuenta referida es el reconocimiento del efecto de la inflación entre otros, en los recursos que los asociados han invertido en la sociedad para contribuir a la integración del haber social que conforma el patrimonio, el cual es la causa y efecto de ese mayor valor representado en la dicha cuenta.*

*Por su parte, la capitalización de la cuenta de revalorización de [sic] patrimonio deriva para la sociedad la obligación de realizar en cabeza de los socios la consiguiente distribución del valor correspondiente en acciones, cuotas o partes de interés, las cuales una vez surtidos los traslados contables que la operación supone y efectuados los registros a que en cada caso haya lugar, según el tipo de sociedad de que se trate, pasan a ser parte de su patrimonio individual, y como tal gozan de la significación económica que la legislación le reconoce a cualquier clase de bien, razón por la cual no es posible desconocer su identidad, ni negar la plenitud de los derechos políticos y económicos que la ley otorga a sus titulares.*

(...)

*'En consecuencia, y considerando que efectivamente el artículo 90 del decreto 2649 de 1993 permite, como ya se vio, la capitalización de la cuenta referida sin establecer limitación alguna en relación con la destinación que haya de darse luego al porcentaje del capital producto de la revalorización, es forzoso reconocer que la cuenta de capital para todos los efectos legales se incrementa y el valor final será el que se tome en últimas, sin que resulte procedente efectuar distinciones que la ley no ha hecho en cuanto al origen del mismo y por lo tanto discriminar qué parte corresponde al valor de los aportes efectuados al momento de la constitución o a los posteriores incrementos, cualquiera fuere la procedencia de los respectivos componentes.*

*Por tanto, al no existir en la legislación colombiana distinción de ninguna índole en razón al origen del capital, se debe concluir que no es posible para ningún fin sustraer el valor en que el mismo se incrementa con el producto de la cuenta de revalorización, por lo cual independientemente de que sea ese uno de los componentes que lo integren, hace parte del capital social de la compañía, que es un concepto único y como tal está sujeto a las reglas consagradas en la codificación mercantil para todos los efectos [...].'*

*'Teniendo en cuenta que en su oportunidad este despacho mediante oficio 220-36566 del 1 de julio de 1997, expresó que la posibilidad que se analiza no era procedente, por considerar que implicaba un fraude a la ley, bajo el supuesto de que la medida comportaba una transgresión de la regla contenida en el artículo 90 del decreto 2649 de 1993 en virtud del cual podrían lesionarse derechos de los terceros, debemos señalar que tal conclusión fue producto del análisis y evaluación que de los conceptos de capital-aporte establece el Código de Comercio, sin tomar en cuenta en su verdadera dimensión el fenómeno de los ajustes por inflación y las incidencias patrimoniales que la figura genera.*

*Como antes se mencionó las reglas sobre disminución de capital están inspiradas en la protección de los derechos de terceros, los cuales según las razones que ahora se han analizado, no resultan desmejorados por el hecho aislado de que la disminución con efectivo reembolso tenga origen total o parcialmente en el capital producto de la capitalización de la revalorización.*

*Es decir que atendiendo esa finalidad, la operación bien sea que se haya o no capitalizado dicha cuenta, es viable siempre y cuando la reducción en los activos de la compañía que supone la entrega por parte de la sociedad de alguno o algunos de sus bienes, con motivo de la disminución, no afecte la prenda común de los acreedores, hecho que precisamente debe verificar la Superintendencia de Sociedades al evaluar su procedencia a la luz de los postulados consagrados en el artículo 145 ejusdem'.*

*'Finalmente, no sobra advertir que de acuerdo con lo expresado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en oficio [sic] 25331 del 13 de noviembre de 1997, afirma que la distribución de valores provenientes de la disminución de capital con efectivo reembolso, constituye un ingreso gravable para el socio.'* (Subrayado fuera del texto)<sup>816</sup>

Al respecto de este pronunciamiento, SANÍN BERNAL, en nuestra opinión acertadamente, opina:

*"Este último párrafo del concepto citado, haciendo alusión al concepto (no oficio) de la DIAN 25331 del 13 de noviembre de 1997, afirma que la distribución de capital con efectivo reembolso constituye un ingreso gravable para el asociado. No deja de ser sorprendente que sea la Superintendencia de Sociedades la que fije pautas tributarias, en este tema radicalmente discutibles, asumiendo un papel totalmente ajeno a sus atribuciones, a su competencia y a sus conocimientos."*<sup>817</sup> (El subrayado es nuestro).

Por tal razón, se podría pensar que ese concepto (acto administrativo) no resistiría un análisis de su legalidad, debido a que la Superintendencia de Sociedades habría usurpado las funciones que sobre el particular tiene la DIAN. Sin embargo, como aún sigue vigente debe ser acatado a la hora de determinar la distribución de las utilidades.

Retomando la exposición acertada de SANIN BERNAL,

*"Parte importante de la doctrina defiende la legalidad, legitimidad y viabilidad de que sumas que antes estuvieron en la revalorización del patrimonio y que fueron transferidas al capital, vuelvan al patrimonio de los asociados por la vía de una desinversión corporativa llevada a efecto mediante la aprobación de restituciones y reembolsos de capital. Se fundamentan quienes ello sostienen en que los artículos 345 del Estatuto Tributario y 90 del Estatuto Contable, si bien prohíben la distribución directa de la revalorización representada en dinero, están también autorizando la devolución de capital (en lo que antes correspondió a revalorización de patrimonio, ya*

---

<sup>816</sup> *Ibídem.*

<sup>817</sup> *Ibídem.*

capitalizada), pues dichas normas, extractando lo pertinente, dirían que ‘el valor reflejado en esta cuenta no podrá distribuirse [...] hasta tanto [...] se capitalice tal valor [...]’, la primera, y que ‘su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando [...] se capitalice su valor [...] la segunda; y se agrega que, además de permitirse tal distribución con base en una interpretación literal de la norma, la prohibición contenida en las mismas disposiciones es inocua en sus alcances, pues hace referencia a la distribución de la revalorización como una ‘utilidad’, cuando el origen de la cuenta no se halla en las utilidades sino en los ajustes inflacionarios revelados en el patrimonio de la sociedad; y que, por lo tanto, devolver a los asociados capital que antes estuvo revelado en la cuenta de revalorización patrimonial es totalmente ajustado a la ley.

No obstante, y en contraste con lo expresado por la Dian, la restitución o reembolso de capital (devolución de aportes a los asociados) no será gravable puesto que a la luz del artículo 26 del Estatuto Tributario no se presenta una posibilidad de enriquecimiento para los asociados. Además, partiendo de que las devoluciones contra capital en el momento de la liquidación de la sociedad no son gravables en concordancia con el artículo 301 del Estatuto Tributario, por tratarse de un mismo fenómeno económico, tales restituciones o reembolsos durante la existencia de la compañía, deben también tener el carácter de no gravables, bien sea que se trate de aportes originales, o de otras cuentas del patrimonio capitalizadas previamente.

Adicionalmente, los reembolsos de capital no están sujetos a retención en la fuente (lo que es indicio de que no generan renta), tal como lo prescribe el artículo 5° del decreto 1512 dc 1985 al expresar que se exceptúan de retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta ‘[...]que correspondan a [...] reembolsos de capital’.

Esta versión ampliada en las distribuciones y del dividendo, parece confirmarse -o por lo menos no se logra desvirtuar- por los artículos 89, 90 y 109 del Estatuto Contable (decr. 2649 de 1993) y por el Plan Único de Cuentas (decr. 2650 de 1993). En efecto:

‘La utilidad decretada en especie representa los dividendos, participaciones o excedentes que se ha decidido capitalizar, respecto de la cual aún no se han expedido los documentos representativos del aporte. La diferencia entre el valor nominal de los aportes y su valor asignado para efecto de la capitalización se debe registrar como prima en la colocación de aportes’.

‘La revalorización del patrimonio refleja el efecto sobre el patrimonio originado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalice su

*valor de conformidad con las normas legales’.*

*‘Las partidas contabilizadas como crédito en la cuenta de corrección monetaria, menos los débitos registrados en dicha cuenta, constituyen la utilidad, excedente, o pérdida por exposición a la inflación, para efecto de la determinación de la utilidad o excedente del respectivo período’.*<sup>818</sup>

Sin embargo, debido a la falta de claridad legal y jurisprudencial sobre el particular, el tema es aún más complejo, como nos sigue explicando el citado autor:

*“La ley 75 de 1986 (arts. 21 a 23 ) al desmontar casi en su totalidad la doble tributación en el conjunto sociedad-asociados, diseñó un mecanismo mediante el cual, o la sociedad paga los impuestos totales sobre sus utilidades, o los asociados pagan los impuestos de las utilidades no gravadas en cabeza de la sociedad, total o parcialmente, al recibirlas como dividendos.*

*Eliminar la tributación en cadena o en cascada, o la múltiple tributación, no es consolidar la carga fiscal en cabeza de las sociedades, sino distribuirla entre estas y los asociados, en la medida que los últimos (al percibir el dividendo) paguen el impuesto de renta que la sociedad dejó de liquidar sobre sus ingresos netos no gravados.*

*Para darle entidad práctica a este principio, el artículo 49, numerales 1 y 2, del Estatuto Tributario que incorpora lo pertinente de la ley 75, establece que para determinar el monto del beneficio de los dividendos no gravados:*

*‘Se tomará el impuesto de renta antes del descuento tributario por CERT, y el de ganancias ocasionales a su cargo que figure en la liquidación privada del respectivo año gravable, y lo dividirá por tres (3). La suma resultante se multiplicará por siete (7). El valor así obtenido constituye la utilidad máxima a ser distribuida a título de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional...’*

*El divisor tres evoca y se justifica por la tarifa de impuesto a la renta del treinta por ciento (30%), anterior a 1995; y el dividendo siete se refiere al monto máximo remanente de dividendos distribuibles (70%) en caso de que la sociedad haya liquidado sus impuestos al máximo posible, por coincidir la renta líquida gravable con las utilidades netas del período.*

*La mencionada fórmula sufrió una desvertebración práctica con la creación de la contribución especial (ley 6 de 1992) del veinticinco por ciento (25%)*

---

<sup>818</sup> *Ibidem.*

que, al aumentar la carga tributaria de las compañías a una tasa efectiva cercana a 37.5%, no adecuó simultánea y consecuentemente la regla de los siete tercios (7/3) del impuesto.

Ese desajuste tenía que ser enmendado pues el mecanismo matemático se había quedado atrás con referencia a la tasa general de tributación del impuesto sobre la renta hoy vigente. Si la ley 223 de 1995 consolidó la tarifa de renta en el 35%, lo que no fue modificado por la reforma tributaria Pastrana—Santos del año 2000, el artículo 71 de la ley 223 reformula la manera de liquidar el monto de los dividendos no gravables, con las siguientes modificaciones:

- El impuesto sobre la renta y ganancias ocasionales se divide por tres punto cinco (3,5) y se multiplica por seis punto cinco (6.5) con el fin de obtener el monto de la distribución de las utilidades no gravables para los socios o accionistas; pasa a la historia la fórmula de los 7/3 del impuesto para quedar en los 6.5/3.5 del mismo.
- Tales 6.5/3.5 (ó 65/35, ó 13/7, ó 1.86) del impuesto se toman antes de los descuentos, y no solo antes del descuento por Cert como se determinaba en la ley 75 de 1986, colocándose un rasero de igualdad entre todos los contribuyentes que tienen derecho a descuentos tributarios, sean o no exportadores, como lo son los que adquirieron bienes de capital y descontaron el IVA (E.T., art. 258-1), o como los reforestadores, o quienes pagan impuestos en el exterior, o los transportadores internacionales.
- Continúa manteniéndose el tope del dividendo no gravable, en el equivalente al monto de las utilidades líquidas del respectivo período.

A pesar de reconocerse la eliminación de la doble tributación, considerando como no gravable el dividendo recibido que corresponda a utilidades que estuvieron, en la sociedad que los decretó, sometidas a impuesto sobre la renta, esta protección no era suficiente frente a grupos de compañías en las cuales unas son socias o accionistas de otras, puesto que en el conjunto del grupo los dividendos resultarían alternativamente gravados y no gravados, dependiendo de si quien los está distribuyendo los percibió, a su vez, y respectivamente, como no gravables o gravables.

Este necesario resultado de doble tributación intermitente, se corrige con el párrafo primero del artículo 49 del Estatuto:

*‘Cuando la sociedad nacional haya recibido dividendos o participaciones de otra sociedad, para efectos de determinar el beneficio de que trata el presente artículo, adicionará al valor obtenido de conformidad con el*



*numeral primero, el monto de su propio ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional por concepto de los dividendos y participaciones que haya percibido durante el respectivo año gravable’.*

*Con la aplicación de esta disposición se garantiza la transferencia sucesiva y sin intermitencia de los dividendos de unas compañías a otras que sean nacionales, con el carácter de no gravados, una vez hayan generado impuestos al principio de la cadena. Después de pagarse impuestos una vez, bien sea en las utilidades de la filial, subsidiaria o vinculada, o bien en la primera distribución que ella haga a sus accionistas o socios nacionales, el dividendo ‘rebota’ de sociedad en sociedad excluido de tributación, hasta llegara a los asociados personas naturales, también como dividendo no gravable.*

*El dividendo o participación, en cualquier tipo de compañía, se entiende realizado cuando se abona en cuenta de su beneficiario, independientemente de si es efectivamente o no por el socio o accionista, lo que generaliza el sistema de causación, extendiéndolo así a quienes en principio se rigen por el sistema de caja, como lo serían los socios o accionistas personas naturales no comerciantes. Dispone la norma (E.T., art. 27-b):*

*‘Los ingresos por concepto de dividendos, y de participaciones de utilidades en sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas, se entienden realizados por los respectivos accionistas, socios, comuneros, asociados suscriptores o similares, cuando les hayan sido abonados en cuenta en calidad de exigibles’.*

*Si el dividendo es gravable, constituye renta bruta para el asociado, en concordancia con el artículo 91 del Estatuto Tributario:*

*‘La parte gravable de los dividendos, participaciones o utilidades, abonados en cuenta en calidad de exigibles, conforme a lo previsto en los artículos 48 y 49, constituye renta bruta de los socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores y similares, que sean personas naturales residentes en el país, sucesiones ilíquidas de causantes que al momento de su muerte eran residentes en el país o sociedad nacional.’*

*‘Los dividendos, participaciones y utilidades recibidas por socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores y similares, que sean personas naturales no residentes en el país, sucesiones ilíquidas de causantes que al momento de su muerte no eran residentes en el país o sociedades extranjeras, constituyen renta bruta en su totalidad’.*

*Al dividendo gravable se liquida retención en la fuente (E. T., art, 389) a una tarifa aún no fijada por el gobierno mediante decreto reglamentario, lo que*

suscita dudas como estas: la ausencia de tarifa permite que no se practique la retención? Según el Concepto de la Dian N0 44650 de julio 15 de 1994, la parte excedente del cálculo a que se refieren los artículos 48 y 49 del Estatuto Tributario no está sometida a retención en la fuente por ausencia de tarifa. O podría sostenerse que dicha ausencia exige que se practique la retención a la tarifa universal del 3% (E. T., art. 401 y decr. 2866 de 1991) vigente para todo pago que constituya ingreso gravable para el receptor? Si lo primero, quedarían igualados, en la práctica, los dividendos gravados con los no gravados para los socios y accionistas nacionales; si lo segundo, se estaría dando aplicación a la norma que generaliza la retención consagrada en el artículo 401 del Estatuto Tributario, haciendo realidad aquello de que ingreso gravable conlleva retención en la fuente.

Porque, finalmente, y por simple lógica fiscal, el dividendo no gravable, que tiene la naturaleza de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional reconocida por la ley, no puede estar sometido a retención en la fuente.

Queda sí un vestigio de doble tributación, si se entiende que el 'respectivo período' es el del decreto de la distribución de las utilidades. Expresa el artículo 49-2 del Estatuto Tributario que el beneficio del dividendo no gravable 'en ningún caso podrá exceder de la utilidad comercial después de impuestos obtenida por la sociedad durante el respectivo año gravable'. Ese período generador de utilidades no puede ser aquel en que se produjeron las utilidades distribuibles, sino el año en que se está decidiendo repartirlas, entre otras cosas, porque las utilidades no pueden distribuirse en el mismo año en que se generan, ni la distribución imputable a un período puede ascender a más de la utilidad generada en el mismo lapso. **Si la sociedad por lo tanto, ordena un dividendo que exceda las utilidades generadas en ese mismo año, tomándolo de las reservas, tal exceso será gravable para los asociados sin perjuicio de que la sociedad hubiera tributado sobre las utilidades en el año en que se generaron. No es exacto afirmar, entonces, que en Colombia desapareció la doble tributación.**"(subrayados y resaltados fuera de texto)<sup>819</sup>

Lo anterior nos lleva a concluir que los administradores sociales deben observar un excesivo cuidado al efectuar el reparto o distribución de las utilidades, máxime cuando se involucran temas tan sensibles como el que se acaba de analizar de la doble tributación; estas son las consideraciones finales de SANÍN BERNAL al respecto:

---

<sup>819</sup> Ibidem.

*“Deben ser cautelosos los administradores al seleccionar la fuente de los dividendos que se distribuyen, pues la distribución puede ser gravable o no para los beneficiarios dependiendo de si la sociedad tributó o no sobre las utilidades de las que emana. No es razonable decretar dividendos que resultan para sus destinatarios, si en las reservas se hallan utilidades que pueden convertirse en dividendos excluidos de tributación; si así se hace, los socios y accionistas tendrían una justa reclamación frente a los administradores del patrimonio social, por una equivocada selección de la fuente de la cual se toman los dividendos o participaciones cuya distribución se ordena. Y no se trata aquí de que los asociados paguen más o paguen menos impuestos, sino de que difieran la obligación tributaria hacia el futuro, al recibir primero los dividendos no gravados que los gravables.*

*Contra lo que generalmente se piensa, e Código de Comercio permite distanciarse de la norma natural y lógica (derivada de un hipotético ‘derecho natural societario’) que debiera imponer que las utilidades beneficien a los titulares de las cuotas o acciones en la misma prorrata que los asociados tienen en el capital de la sociedad. **Es tal vez sorprendente la permisividad del Código de Comercio al legitimar la posibilidad de que en los estatutos se pacten proporciones diferentes a la participación misma en el capital, para beneficiarse de las distribuciones provenientes de las utilidades y del patrimonio.***

*Al leer con detenimiento las partes finales de los artículos 144 y 150 del Código de Comercio, la inicial del 247, y el 332, ha de concluirse que la voluntad contractual puede desconocer los porcentajes que se tienen en el capital, para que las distribuciones se realicen en proporciones diferentes, no solo en los dividendos, sino, más audaz y creativo aun, en los reembolsos de capital y en la entrega de los remanentes en la liquidación.*

*Tal tergiversación tendría la virtualidad de distribuir los patrimonios y las utilidades de manera diferente a la que la lógica aconseja, con implicaciones fiscales de significación, pues podría llegar a convertirse en una forma muy efectiva de transferir porciones patrimoniales sin cargas tributarias, o a favor de beneficiarios distintos. Por lo que el artículo 42 (inc. 2º) del decreto 2053 de 1974, no incluido en el Estatuto Tributario regula que:*

*‘Para efectos tributarios, la proporción de la renta atribuible al respectivo socio, comunero o asociado solo podrá ser directamente proporcional a la que corresponde a los aportes de capital [...]’.*

*Se evidencia así una situación anómala y contradictoria, en presencia de dos ramas del derecho que no son armónicas en el tema de las transferencias a*

*los asociados: poder distribuir utilidades en determinados porcentajes, distintos a los del capital, al amparo del Código de Comercio; sin que esta distribución anormal produzca efectos tributarios y, por lo tanto, para efectos fiscales, siga siendo la participación en el capital el rasero general e inmutable que gobierna cualesquiera retiros en favor de los asociados en pagos hechos por la compañía a estos a título de distribución de utilidades y de remanentes gravables. La anterior discrepancia pierde connotación tributaria si los dividendos son no gravables para el asociado, lo que hace irrelevante quién ha de ser su receptor y en qué cuantías; no así si la distribución de dividendos resulta gravable para el socio o accionista, porque en este último evento podría separarse quien recibe efectivamente el dividendo (beneficiario del pago) del sujeto pasivo de la obligación tributaria (a quien corresponde la carga fiscal).*

*Es oportuno aquí hacer referencia a la indispensable reexpresión del artículo 451 del Código de Comercio, porque el Código ni lo dice todo, ni lo dicho lo dice en orden, tratándose de la disposición de las utilidades.*

*El Código de Comercio ordena que la disposición de las Utilidades al final de cada período por parte de la asamblea de accionistas o junta de socios debe hacerse en el siguiente orden (C. de Co., art 451):*

- *Reserva legal.*
- *Reservas estatutarias.*
- *Reservas ocasionales.*
- *Apropiaciones para el pago de impuestos.*
- *Distribución a los asociados.*

*Adicionalmente el artículo 151 (inc. 2º) del Código de Comercio ordena que no podrá distribuirse suma alguna de utilidades hasta tanto no se hayan absorbido las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital. Entendiéndose que las pérdidas afectan el capital cuando colocan el patrimonio por debajo del monto del capital suscrito (en las sociedades por acciones) o del capital social (en las demás compañías).*

*Las normas citadas establecen:*

*‘Con sujeción a las normas generales sobre distribución de utilidades consagradas en este libro, se repartirán entre los accionistas las utilidades aprobadas por la asamblea, justificadas por balances fidedignos y después*

*de hechas las reservas legal, estatutaria y ocasionales, así como las apropiaciones para el pago de impuestos’.*

*‘No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma. Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.*

*Parágrafo.- Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital.’*

*Como no todas las pérdidas ‘afectan’ el capital por cuanto, por su cuantía, pueden ser neutralizadas en el patrimonio sin que éste necesariamente descienda a un monto inferior al del capital, las pérdidas que no alcanzan a colocar el patrimonio por debajo del capital no tienen que ser absorbidas con utilidades de períodos subsiguientes, y por lo tanto pueden coexistir con otras cuentas en el patrimonio, y ser compatibles con distribución de utilidad de períodos anteriores.*

***Adolece de precisión el Código de Comercio al diseñar todo el esquema de disposición de las utilidades sociales con base en la presunta (e inexistente) validez de los siguientes conceptos:***

- *Las pérdidas afectan el capital.*
- *La provisión para impuestos se realiza después de la distribución de utilidades.*
- *Los impuestos en general, son los que se detraen de las utilidades.*

*Conciliando los principios fiscales y contables con la mecánica adoptada por el Código de Comercio, puede reestructurarse ese itinerario obligatorio de disposición de las utilidades, reexpresándolo, de la siguiente manera:*

- *Provisión para el impuesto sobre la renta y complementarios.*
- *Absorción de las pérdidas que hayan colocado el capital por debajo del patrimonio neto, y solo de aquellas.*
- *Reserva legal.*

- Reservas estatutarias.
- Distribución efectiva de la utilidad como dividendo.
- Reservas ocasionales.
- Adquisición (o 'readquisición') de acciones o cuotas de la misma sociedad (C. de Co., arts. 396 y 417) con fondos tomados de utilidades o de reservas.
- Capitalización.

**Con un cronograma de imputación de las utilidades (una vez canceladas las pérdidas cuando sea imperativo) acorde con lo aquí indicado, se subsanan las imprecisiones del Código de Comercio de la siguiente manera:**

- La primera detracción que se realiza es la provisión para el impuesto sobre la renta y complementarios, no simplemente para impuestos. Con cargo a las utilidades se fondea el monto del impuesto sobre la renta, sobre ganancias ocasionales y remesas, cuya cuantía corresponde a la participación que en las utilidades y en la operación tiene el socio o accionista mayoritario y privilegiado de todos los negocios, que es el Estado. Porque otros impuestos del orden nacional, departamental y municipal, distintos del impuesto sobre la renta y complementarios, no se toman de las utilidades líquidas de la compañía, sino que influyen previamente en ellas a título de gasto en el proceso de determinación del superávit corporativo. En este orden de ideas los impuestos nacionales como el timbre; los impuestos departamentales como el de registro; y los impuestos municipales como el de industria y comercio, predial y vehículos, no afectan las utilidades distribuibles como pudiera entenderse de la lectura del artículo 451 del Código de Comercio, sino que inciden en el monto de las mismas utilidades, a través del Estado de Resultados, al considerárseles como un gasto que afecta los ingresos del respectivo período. Adicionalmente, ni el IVA a cargo (derivado de las ventas y servicios) ni el IVA a favor (por las adquisiciones) afecta las utilidades o la renta de la compañía.
- Ya calculado y provisionado el impuesto sobre la renta y complementarios, en acatamiento a lo ordenado por el inciso 2° del artículo 151 del Código de Comercio, en concordancia con el párrafo del mismo artículo, las utilidades se destinarán en primera instancia a absorber las pérdidas que hayan colocado el patrimonio por debajo del

*capital suscrito o social. Tales pérdidas son las netas consolidadas, que incluyen las pérdidas por inflación (saldo débito neto de la cuenta de corrección monetaria).*

- *Las reservas ocasionales deben ser lo que queda remanente después de haber decretado el dividendo en dinero, o en acciones o cuotas sociales. Si en los artículos 151 y 454 del Código de Comercio parece consagrarse un derecho de los asociados a la distribución periódica de las utilidades, este beneficio queda sin efecto frente al orden cronológico y excluyente de la distribución de utilidades indicado por el artículo 455 del Código de Comercio que consagra un verdadero itinerario de despojo a los asociados, el cual debe entenderse en un orden distinto al propuesto por el Código para que permita hacer efectivo el derecho de los accionistas y socios (especialmente los minoritarios) a que de las utilidades del período se les distribuya un monto siquiera mínimo.*
- *Puede, adicionalmente, destinarse utilidades a adquirir cuotas o acciones de la misma compañía; o a llevarse a capital, bien mediante la entrega de acciones o cuotas, o modificando el valor nominal de las cuotas o acciones ya existentes” (Los subrayados y resaltados son nuestros)<sup>820</sup>.*

Debido a lo anteriormente señalado es que compartimos la conclusión a la que llega SANÍN BERNAL, debido a que, con el concurso del Congreso de la República y el Gobierno Nacional, se deben buscar mecanismos que permitan una gestión más eficiente de los administradores sociales, lo que en últimas repercute en el buen funcionamiento de la Sociedad de Economía Mixta, mediante una reforma al estatuto mercantil en las materias estudiadas en el presente acápite.

Sin llegar a solicitar la modificación de la legislación mercantil, el citado autor concluye de la siguiente forma:

*“Lo anterior permite concluir que, integrados los principios de diferentes áreas del derecho, y desconociendo la imputación que a la ligera hace el Código de Comercio, la reexpresión del artículo 455 del Código de Comercio debe incluir estas alteraciones*

- *Las utilidades se destinan, primero que todo, a cancelar (o provisionar) lo*

---

<sup>820</sup> *Ibidem*

*que corresponde al Estado por impuestos sobre la renta y sus complementarios de ganancias ocasionales y de remesas.*

- *Los impuestos a que hace referencia el Código de Comercio, no son todos los existentes en el orden nacional, departamental, distrital y municipal, sino el impuesto sobre la renta y sus complementarios.*
- *El dividendo obligatorio (C. De Co., arts. 155 y 454) se decreta antes de llevar utilidades a reservas ocasionales. De no ser así, sería ilusorio el derecho a la distribución periódica, pues solo quedarían ‘remanentes’ distribuibles (C. de Co., art. 455) como fuente del dividendo si antes tales utilidades distribuibles no se han destinado a las reservas ocasionales. Es más: las reservas ocasionales deberían ser lo que queda después del decreto del dividendo.*
- *Debe hacerse referencia a que la sociedad pueda, además ‘adquirir’ sus propias cuotas o acciones, y capitalizar las utilidades.”<sup>821</sup>.*

Así las cosas, se debe advertir que los puntos siguientes serán analizados desde la óptica de la Legislación Mercantil, razón por la cual no se debe perder de vista lo esgrimido en este acápite al revisar el contenido de dichas normas.

b) Las reservas o medidas de previsión. Como bien lo explica el Dr. Gabino Pinzón,

*“antes de hacer cualquier reparto de utilidades entre los socios, deben hacerse las reservas ordenadas por la Ley, por los estatutos o por la junta o asamblea de socios. Estas reservas no son, desde luego, sino simples medidas de previsión, destinadas a cubrir erogaciones, riesgos o pérdidas futuros e inciertos; de manera que, si no ocurren esas contingencias, las sumas destinadas a ellas siguen siendo utilidades no repartidas a los socios que, como tales, pertenecen a ellos y no a la sociedad. Lo cual quiere decir que lo que tipifica sustancialmente la reserva no es solamente la aplicación futura de la suma tomada con ese fin de las utilidades del ejercicio, sino la incertidumbre o contingencia que la convierte en una medida de previsión o de prudencia administrativa. La suma aplicada a una erogación futura pero cierta no es, pues, esa medida de simple previsión, sino un pago anticipado que, aunque destinado a ser amortizado, constituye un activo diferido del patrimonio social y no forma parte del pasivo al cual pertenecen todas las*

---

<sup>821</sup> *Ibídem.*



*utilidades. Menos aún constituyen o pueden tener el carácter de reservas las apropiaciones para cubrir gastos o expensas del ejercicio, como ocurre con las cesantías y las depreciaciones, respecto de las cuales se utiliza frecuente e impropriamente el término de ‘reservas’<sup>822</sup>.*

*“Estas medidas de previsión pueden ser de muy diversas clases, según las contingencias que puedan amenazar los negocios o los bienes sociales y contra las cuales sea prudente protegerse de antemano, para defender, por lo menos en parte, las utilidades de los ejercicios sociales posteriores que puedan ser afectadas con esas contingencias.”<sup>823</sup>*

El artículo 87 del Decreto 2649 de 1993 las define así:

*RESERVAS O FONDOS PATRIMONIALES. Las reservas o fondos patrimoniales representan recursos retenidos por el ente económico, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales.*

*Las reservas o fondos patrimoniales destinados a enjugar pérdidas generales o específicas solo se pueden afectar con dichas pérdidas, una vez éstas hayan sido presentadas en el estado de resultados.*

Sobre el particular, la doctrina ha señalado:

*“Las reservas se forman e incrementan con utilidades líquidas en procura de la estabilidad financiera de la compañía”, como lo expresa el Doctor José Ignacio Narváez García. Y continua explicando el autor que “constituyen un ahorro de ésta (la compañía) que redunde en acrecimiento de su patrimonio a la vez que integran un seguro a su favor. Siempre cumplen dos funciones: una económica y otra jurídica. La primera responde a la política previsora que persigue fortaleza para afrontar cualquier acontecimiento imprevisto generador de pérdidas; o incrementar la producción de bienes o la prestación de servicios; o estar en capacidad de regularizar el reparto de participaciones o dividendos a los asociados, inclusive en ejercicios cuyos resultados no sean satisfactorios.*

*“En verdad las ganancias o rendimientos varían de un período a otro, a veces*

---

<sup>822</sup> Sobre esta materia conviene apuntar que en el artículo 446 del Código de Comercio —que, aunque previsto para la sociedad anónima, es aplicable en cualquiera otra forma de sociedad por el procedimiento de la analogía, como se ordena en el artículo 1° del mismo Código— se hace resaltar la idea de que la “depreciación de activos fijos”, lo mismo que la “amortización de intangibles”, han de estar incluidas en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio; por lo cual no son objeto de reservas, es decir, de medidas de previsión cubiertas con utilidades, sino deducciones previas a la fijación de las utilidades.

<sup>823</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

*con fuertes altibajos, y si la sociedad no ha formado reservas, es natural que los asociados sufran esos bruscos vaivenes. Por eso tal función económica en la praxis se concreta a mantener amplios cupos de endeudamiento de la sociedad así como el valor comercial de las partes de interés, cuotas o acciones en que se divide su capital. La función jurídica se traduce en la conservación de la prenda o garantía común de los acreedores. Toda reserva es considerada en teoría una deuda de la sociedad para consigo misma, pero los bienes o valores en que están representadas o invertidas no pueden sustraerse a las eventuales persecuciones de los acreedores sociales. Además, es incontrovertible que cuando la compañía acumula reservas queda en óptimas condiciones para afrontar con éxito los ciclos depresivos o de recesión”<sup>824</sup>.*

Por todo lo anterior, “no es en relación con el objeto de las reservas como puede hacerse una clasificación sistemática de las mismas, sino que es preferible tomar en consideración la fuente de las reservas, es decir, su origen y la razón de ser de su obligatoriedad. Y con este criterio concreto, cierto y sencillo, ha de decirse que las reservas pueden ser legales, estatutarias y ocasionales, como están previstas y reguladas en el Código de Comercio, siguiendo el criterio del proyecto de 1958”<sup>825</sup>.

Entonces, debido a que las sociedades de economía mixta se rigen bajo las normas del Derecho Mercantil, tenemos que las reservas que deberá constituir cada sociedad de economía mixta son las siguientes:

1) La reserva legal. Siguiendo el criterio del Doctor Gabino Pinzón, nos encontramos con lo siguiente:

*“Como lo indica su nombre, tiene su Origen en la Ley misma y de ella deriva su fuerza obligatoria; es el legislador el que, por encima del contrato social y de los acuerdos de la junta general de socios sobre reparto de utilidades, dispone congelar una parte de estas para proteger y robustecer el fondo social, con el fin de dar mayor seguridad a los terceros. Es una reserva que, por carecer de una destinación concreta, representa utilidades de las cuales no se puede disponer sino al tiempo de la liquidación, es decir, cuando hayan*

<sup>824</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 220- 221. Cabe aclarar que este autor cita erróneamente el artículo 87 del Decreto 2649 de 1995, cuando en realidad se refiere al Decreto 2649 de 1993.

<sup>825</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

*cumplido la finalidad o función indicada; por eso es por lo que las sumas acumuladas a este título a lo sumo pueden aplicarse a absorber o enjugar pérdidas, ya que esta aplicación corresponde exactamente a su propia función de protección y de robustecimiento del fondo social. Por esto es también por lo que es una medida que en el Código de Comercio no se ha establecido respecto de todas las formas de sociedad, sino en relación con aquellas en las cuales los activos sociales representan la única prenda o garantía de los terceros, como en la sociedad de responsabilidad limitada y en la anónima, en las cuales no hay responsabilidad de los socios por los negocios sociales; y en la comanditaria por acciones, que técnicamente viene asimilándose a la anónima y hasta siendo absorbida por ésta, a pesar de la responsabilidad solidaria de los socios gestores”<sup>826</sup>.*

Además de las anteriores, el Código de Comercio la exige también en las sucursales de sociedades extranjeras (artículo 476). *“Tanto el porcentaje de utilidades –diez por ciento- como el monto de la reserva (50% del capital) son iguales en todas, con el criterio de que en las sociedades intuitus pecuniae es necesario proteger el patrimonio social, única prenda de los terceros”<sup>827</sup>.*

*“Esta reserva — impuesta en las sociedades indicadas por medio de los artículos 350, 371, 452 y 476 del Código de Comercio — se forma con el diez por ciento (10%) de las utilidades líquidas de cada ejercicio y es obligatoria mientras no cubra el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito; esto es, que, si después de llegar a este límite se reduce por aplicación a pérdidas, o por algún aumento de dicho capital, debe hacerse nuevamente la misma apropiación hasta completar el importe indicado, como se prevé en esas mismas disposiciones legales”<sup>828,829</sup>.*

2) Las reservas estatutarias. *“Son las creadas o establecidas en el contrato social mismo, como fruto de la prudencia o de la experiencia de los promotores de la*

---

<sup>826</sup> Íbidem, 233-258

<sup>827</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 221.

<sup>828</sup> La reserva legal tiene, pues, dos limitaciones muy claras en la ley: en cuanto al porcentaje o cuota que debe apropiarse en cada ejercicio, que es apenas del diez por ciento de las utilidades; y en cuanto al importe total de la misma, que es hasta el cincuenta por ciento del capital suscrito. Lo cual quiere decir que cualquier apropiación que exceda los límites indicados deja de ser reserva legal para convertirse en reserva potestativa o simplemente ocasional; y, si es que en los estatutos se prevén apropiaciones mayores con tal destino, el exceso representará en tal caso una reserva estatutaria. Por lo cual no puede decirse que un excedente de la reserva legal adquiera el mismo carácter por una especie de accesión; el carácter legal de cualquier institución o fenómeno solo puede emanar de una ley, no de un acto de simple iniciativa privada.

<sup>829</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

*sociedad; están previstas en los artículos 110 y 154 del Código de Comercio y son obligatorias mientras no se deroguen las cláusulas del contrato que las establezcan o mientras no cubran el importe o monto previsto para ellas en los estatutos, en su caso, como se dispone en el artículo 453 del mismo Código, que representa una regla aplicable en todas las especies de sociedad*<sup>830</sup>. Del artículo anteriormente citado se desprende que, asimismo, serán obligatorias mientras su destinación no sea variada o modificada mediante la respectiva reforma estatutaria.

Continúa el Dr. Pinzón indicando que *“como cláusulas o parte del contrato social constituyen esa Ley para las partes de que habla el artículo 1602 del Código Civil, que les obliga mientras no se modifiquen por acuerdo de la junta general de socios o no se invaliden por causales de orden legal. Son medidas de previsión muy útiles para resolver anticipadamente ese conflicto tan frecuente entre los socios — que tienen derecho a que se repartan entre ellos todas las utilidades no congeladas por disposición expresa de la Ley o de los estatutos — y los administradores, que quieren disponer siempre de mayor capital de trabajo, aun a costa del derecho de los socios a las utilidades, reclamando apropiaciones que no corresponden generalmente a la función de las reservas*<sup>831</sup>”.

### 3) Reservas ocasionales.

*“Además de las reservas anteriores, los socios pueden, al aprobar en asamblea general cada balance de fin de ejercicio, hacer las reservas que*

---

<sup>830</sup> *Ibíd*em, p. 233-258.

<sup>831</sup> Este conflicto es absurdo dentro de la teoría de las sociedades, por dos razones elementales. Porque las herramientas de la empresa social, las necesidades de capital de trabajo, etc., están llamadas a ser atendidas con los aportes anteriores o con nuevos aportes, como función propia del capital, distinta de la de las utilidades, que pertenecen a los socios; y porque los administradores, en general, no son sino mandatarios llamados a consultar a los socios y a acatar sus decisiones en cuanto se refiera a conflictos entre unos y otros sobre el derecho a las utilidades. Desde luego que una sana política de reserva — de verdaderas reservas — redundaría también en un beneficio indirecto de los socios, ya que estos no pueden ser indiferentes ante la necesidad o la simple conveniencia de proteger adecuadamente los bienes y negocios de la sociedad. Pero es en forma de reservas estatutarias como la prudencia y la previsión de los promotores de una sociedad pueden cubrir una amplia gama de contingencias de la empresa social — desde cualquier pérdida hasta la estabilización del dividendo — y evitar, así, de antemano, esta clase de conflictos.

*consideren necesarias o convenientes, según los informes que les rindan los administradores y las circunstancias en las cuales se estén desarrollando o hayan de continuar desarrollándose los negocios sociales. Estas medidas de previsión meramente circunstanciales constituyen reservas ocasionales y están expresamente previstas en el artículo 154 del Código de Comercio, pero subordinadas a tres condiciones que se inspiran en la idea de proteger el derecho del socio a su parte en las utilidades: que tengan una destinación especial cierta, es decir que se hagan para fines ciertos y conocidos por los socios, ya que éstos, como dueños de las utilidades, tienen derecho a que no se distraigan para fines que escapen a su control; que tales reservas sean justificadas ante la Superintendencia de Sociedades, cualquiera que sea la clase de sociedad en que ellas se hagan, con el fin de que ese despacho administrativo ejerza una especie de tutela del derecho del socio a las utilidades, para que no sea burlado por medio de reservas que no se aprueben válidamente; y que el destino de las utilidades así congeladas no se altere sino por acuerdo de la misma asamblea general de socios, adoptado en la forma prevista en los estatutos para decretar o crear las reservas, a fin de que los socios sigan ejerciendo el control que les corresponde sobre la inversión o destino de unas utilidades que no han dejado de ser suyas y que pueden ser distribuidas en cualquier tiempo en que resulten innecesarias para los fines justificativos de esas reservas*<sup>832</sup>.

*Al respecto, el Dr. Narváez aclara que son facultativas “porque el órgano máximo de la sociedad, con aplicación de la llamada Ley de mayorías y sin necesidad de reformar el estatuto, tiene potestad para crearlas. También se les califica de voluntarias, aunque impropiaamente, porque las estatutarias también resultan de la voluntad social que se condensa en el cuerpo de reglas que rigen la vida de la sociedad. La Ley establece limitaciones para crear esta clase de reservas con miras a evitar que el abuso en la detracción de utilidades cercene o menoscabe el derecho esencial del asociado de participar en las utilidades sociales.*

*“Por eso los artículos 154 y 453 del Código de Comercio indican, de un lado, las condiciones a las cuales se subordina su creación, y de otro, características distintivas, a saber:*

- 3.1) Su necesidad o conveniencia debe ser sopesada por la junta de socios o la asamblea de accionistas, según el caso.*
- 3.2) Han de tener una destinación especial como consecuencia lógica de la condición anterior, pues la necesidad o conveniencia determina su fin concreto. Este excluye la posibilidad de que cumplan propósitos ajenos o extraños a los expresamente indicados por el órgano soberano.*
- 3.3) Su creación requiere el voto favorable de la mayoría exigida en los*

---

<sup>832</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

- estatutos o, a falta de estipulación, de la ordinaria prevista en la regulación propia del respectivo tipo societario.
- 3.4) Su creación debe justificarse mediante un estudio técnico. Mientras la justificación no haya sido aprobada, las utilidades líquidas correspondientes no podrán formar parte de la reserva.
  - 3.5) La destinación especial solo puede ser variada por la misma junta de socios o asamblea de accionistas con la mayoría decisoria requerida para crearla.
  - 3.6) La detracción de utilidades para una reserva ocasional sólo es obligatoria en la distribución global en la cual se aprueba.
  - 3.7) Cuando el órgano máximo de la sociedad estime que una reserva ocasional es innecesaria puede aprobar, con el quórum exigido para crearla, cualquiera de éstas o similares determinaciones: trasladarla a otra reserva; repartirla entre los asociados a título de participación o dividendo; capitalizarla de conformidad con los estatutos<sup>833</sup>.

*“Mención especial merece la llamada reserva para adquisición de acciones propias, la cual puede ostentar el calificativo de estatutaria cuando esté prevista en las estipulaciones que rigen la vida de la sociedad; o puede revestir la condición de ocasional si es creada por decisión de la asamblea de accionistas.*

*“La readquisición de acciones consiste en que la sociedad compra la cantidad que sus titulares deseen cederle. La Ley impone estas condiciones:*

- 3.1) *Que la adquisición se haga con fondos tomados de las utilidades líquidas, a fin de que no se emplee el capital porque podría producirse una disminución de éste;*
- 3.2) *Que la asamblea de accionistas apruebe la decisión, pues a ella corresponde privativamente disponer de las utilidades;*
- 3.3) *Que la decisión se apruebe con los votos del no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas;*
- 3.4) *Que las acciones objeto de la readquisición estén totalmente pagadas, pues de lo contrario no podría conservarlas la sociedad sin afectar la cuenta del capital suscrito y pagado.*

*“Éstas condiciones, añadidas a la circunstancia de que el propio Código establece en el artículo 417 el destino que la asamblea puede darle a dichas acciones, configuran un régimen especial de esta reserva, cuyas aristas son:*

- 3.1) *Su finalidad no es similar a la de las demás reservas, que siempre intentan sortear posibles dificultades económicas de la compañía.*

---

<sup>833</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 222-223.

- 3.2) *Las utilidades que se destinan para la readquisición de acciones forman un fondo cuya naturaleza jurídica y contable no se identifican con la de una reserva.*
- 3.3) *La propia Ley acepta la apropiación de utilidades con ese destino, lo cual excluye la justificación previa ante la Superintendencia para que la asamblea disponga su creación*<sup>834</sup>.

c) Absorción de las pérdidas sociales. El artículo 151 del Código de Comercio, en su inciso segundo, prohíbe distribuir utilidades *“mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital”*; y en el párrafo aclara: *“Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital.”*

*“La Ley procura así que se mantenga estable el patrimonio social, o sea la prenda general de los acreedores. De manera que si en un ejercicio resultan pérdidas sin reservas destinadas a enjuagarlas, la asamblea o junta de socios debe apropiar las sumas necesarias para absorberlas, afectando en caso necesario la reserva legal. Y si con ésta no se logra plenamente tal propósito, es obligación destinar con ese fin todos los beneficios de ejercicios ulteriores”*<sup>835</sup>.

d) El dividendo de los asociados. Al respecto, el Doctor Gabino Pinzón opina lo siguiente:

*“el remanente de las utilidades del ejercicio, hechas las reservas anteriores, constituye el dividendo o suma destinada a ser dividida o distribuida entre los socios. Pero tanto el dividendo como las sumas destinadas a las reservas representan, en general, la utilidad gravable de la sociedad, que, como persona jurídica distinta de los socios, es también un contribuyente distinto de los socios. Por eso es por lo que antes que cualquier reparto debe hacerse una apropiación adecuada para el pago del impuesto sobre la renta, que es un impuesto directo y que, como tal, debe pagarse con cargo a las utilidades líquidas del ejercicio y no con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias. El saldo o remanente es, se repite, el que constituye el dividendo o suma destinada a ser dividida entre los socios conforme a las reglas siguientes.*

---

<sup>834</sup> *Ibídem*, p. 222-224.

<sup>835</sup> *Ibídem*, p. 223.

*“1) Las utilidades han de distribuirse a prorrata del capital pagado por los socios, como se prevé en el artículo 150 del Código de Comercio, a falta de previsión distinta del contrato social. Pero, conforme al mismo artículo 150, puede pactarse lo contrario en los estatutos, como resulta más lógico y más justo, toda vez que el capital suscrito y no pagado constituye un crédito de la sociedad contra el socio y es el que mide, por lo tanto, los riesgos que este asume en la empresa social, porque ese crédito puede ser exigido a su vencimiento o por lo menos durante la liquidación, y es apenas natural que participe en esa misma medida en las ganancias”<sup>836</sup>.*

Acá podemos preguntarnos lo siguiente: ¿Las sociedades de economía mixta deberán pagar impuesto de renta? No encontraríamos una respuesta clara si no tenemos en cuenta lo dispuesto por el artículo 463 del Código de Comercio, puesto que uno de los aportes que la Nación puede realizar, al constituir sociedades de economía mixta, son beneficios tributarios, entre los cuales puede estar el no pago de impuesto a la renta. Por esta razón, podemos señalar que, a falta de estipulación en la Ley que autoriza la creación de la respectiva sociedad de economía mixta, estas compañías sí deberán pagar impuesto sobre la renta.

Al respecto de lo que veníamos comentando, es decir, de la distribución de utilidades a prorrata del capital pagado por los socios, el Dr. Narváez comenta que, *“sin embargo, frente a esta norma supletiva, el artículo 130 contempla la situación de las acciones suscritas que no se han pagado en su totalidad porque su precio viene amortizándose en los plazos convenidos para los instalamentos periódicos. La norma dispone:*

*Si el pago se hiciere por cuotas, el plazo para cancelarlas no excederá de una año; por consiguiente, las acciones que no hubieren sido íntegramente cubiertas en el respectivo ejercicio, participarán en las utilidades solamente en proporción a la suma efectivamente pagada por cada acción.*

*“Se trata de una situación absolutamente distinta de la sanción que impone el artículo 397 del Código al accionista moroso, vale decir, al que dejó vencer los plazos para pagar los instalamentos debidos. En éste caso, sobreviene*

---

<sup>836</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.



*una suspensión del ejercicio de los derechos que confiere toda acción a su titular, entre los que está el de percibir dividendo. Tal sanción abarca las sanciones respecto de las cuales se halle en mora de cubrir uno o más instalamentos, y no de las demás que pueda poseer totalmente liberadas. Además, la mora ha de estar configurada en la fecha en que la asamblea general decreta el reparto de dividendos, y no en la fijada para pagarlos. El artículo 130 del Código de Comercio es imperativo y especial para las sociedades por acciones, y cualquier estipulación en contrario no sería válida.*

*“Además, se justifica plenamente porque quien pago el importe total de las acciones que suscribió, contribuyó en mayor medida a la obtención de las utilidades en el respectivo ejercicio social. Resultaría inequitativo que quienes no cubrieron íntegramente su aportación de capital recibieran por cada acción suscrita un dividendo igual al decretado a las totalmente liberadas. Se ciñe a la justicia distributiva porque el capital desembolsado por el accionista es la cantidad real aportada a la explotación común; y cuando se paga parcialmente el importe de la acción, el resto continúa en poder del accionista, circunstancia que le impide participar en las utilidades sociales o en el patrimonio en caso de liquidación, como si la hubiera pagado en su totalidad”<sup>837</sup>.*

Continuando con lo que venía comentando el Dr. Pinzón sobre este tema, vemos que *“en cuanto al socio industrial que no redime cuotas de capital con sus servicios o trabajo personal, el mismo artículo 150 establece que, a falta de estipulación distinta en el contrato social, tiene derecho a la parte o cuota en las utilidades que corresponda al mayor aporte de capital; lo cual es una fórmula arbitraria, que puede resultar injusta y que, por lo mismo, debe ser objeto de cláusulas expresas del contrato social”<sup>838</sup>.*

---

<sup>837</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 225- 226.

<sup>838</sup> Esta proporcionalidad entre los aportes y la participación en las utilidades no se opone, desde luego, a la existencia en una sociedad de privilegios pactados en favor de algunos socios, como el llamado dividendo preferencial, tan válido en las sociedades por acciones como en las demás. Este tipo de privilegios está previsto expresamente para las sociedades por acciones en los artículos 347 y 381 del Código de Comercio y también en el artículo 188 del mismo Código para toda clase de sociedades, en general. De manera, pues, que un dividendo preferencial puede ser pactado en toda clase de sociedades, no solo por la razón indicada, sino porque no está prohibido expresamente en las leyes, desde que sea de contenido patrimonial, no meramente personal, como el del voto plural o múltiple. Y, en tal hipótesis, antes de fijar el dividendo común, hay que fijar el dividendo preferencial, puesto que el privilegio consiste precisamente en esa prelación para el pago; el remanente de las utilidades es entonces el que está destinado a ser distribuido como dividendo común. Con la salvedad —sea dicho de una vez— de que ese dividendo preferencial puede ser

*“2) Con el rótulo de “mayoría para la distribución de utilidades”, el artículo 240 de la Ley 222 de 1995 subrogó el 155 del Código de Comercio, quedando de la siguiente manera:*

*Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.*

*Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.*

*“Asimismo, con la idea de asegurar de alguna forma la participación del socio en las utilidades, se ha previsto que en las sociedades de responsabilidad limitada —artículo 371— y en las anónimas —artículo 454— ese cincuenta por ciento ha de aumentarse al setenta por ciento cuando el importe o suma de las reservas acumuladas por la sociedad cubra la totalidad del capital social en las primeras y la totalidad del capital suscrito en las segundas. La idea, que tiene un fundamento indiscutible en el hecho de que las utilidades son de los socios y que estos lo único que se han obligado a llevar al fondo social destinado al desarrollo de los negocios es su aporte, ha quedado, no obstante, al arbitrio de quienes tengan el setenta y ocho por ciento del capital representado en la reunión en que se apruebe la distribución de utilidades, porque con el voto de ese porcentaje del capital puede prescindirse de repartir la parte indicada de las ganancias y hasta prescindirse de todo reparto. “Con lo cual los pequeños inversionistas siguen como los mansos animales que acompañaron en su partida de caza al león de la fábula esópica de Fedro, ya que, como se ha dicho antes, son casi solamente los socios fuertes los que pueden aprovechar la valorización intrínseca de su interés social por las reservas o utilidades por repartir que vaya acumulando la sociedad”<sup>839</sup>.*

*“3) Si se han distribuido anteriormente utilidades ficticias o no justificadas por balances reales y fidedignos, o si hay pérdidas ocurridas en ejercicios anteriores que no hayan sido absorbidas por reservas, no pueden repartirse las utilidades de los ejercicios posteriores sin cancelar o absorber previamente las sumas indebidamente repartidas, o las pérdidas, según el*

---

acumulable hasta por cinco años, es decir, que, en el caso de que las utilidades del ejercicio no alcancen para cubrir el dividendo preferencial, el déficit va gravando las utilidades de los ejercicios siguientes, como un verdadero pasivo externo destinado por el contrato social a ser absorbido preferencialmente con las utilidades.

<sup>839</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 233-258.

caso, conforme a lo previsto en el artículo 151 del Código de Comercio. Lo cual representa una sana medida de protección del fondo social, con el fin de evitar que mediante repartos de utilidades en tales condiciones se vaya descapitalizando la sociedad y se vaya disminuyendo así la prenda común de los acreedores sociales. Más aún: con el reparto de utilidades ficticias, especialmente en el caso en que hayan ocurrido pérdidas que afecten el capital, puede quebrantarse la obligación de mantener los aportes en el fondo social hasta la liquidación, por cuanto el retiro de sumas que no representen verdaderas utilidades es, en el fondo, un simple retiro de capital. Pero es conveniente aclarar que, conforme al mismo artículo 151, son las pérdidas que afecten el capital las que deben ser absorbidas previamente, es decir, 'cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital'. De manera, pues, que en la hipótesis de que la sociedad tenga acumulado algún superávit que impida que las pérdidas afecten la cifra del capital es dable distribuir las utilidades del ejercicio, a pesar de las pérdidas.

"4) Propia de este tema de la distribución de utilidades es la cuestión relativa a las participaciones que pueden pactarse en el contrato social en favor de los promotores de la sociedad, a pesar de que en el Código de Comercio — con el desorden creado por los expertos de última hora — quedó regulada dentro del régimen de los aportes. Porque esas ventajas remuneratorias por la promoción de una sociedad no pueden pactarse en forma de aportes adicionales, sino que, como se establece en el artículo 141 del Código, 'solamente consistirán en una participación en las utilidades líquidas', sujeta a las siguientes exigencias y limitaciones: que tales ventajas se estipulen expresamente en el contrato social, para que sean conocidas con certeza y aceptadas por los demás asociados, lo mismo que para que sean oponibles a terceros, mediante la publicidad proporcionada por el registro mercantil del mismo contrato social; que al pago de las mismas no se destine más del quince por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio; y que ellas no se pacten por más de cinco años, 'a partir del primer ejercicio que registre utilidades'. Con la salvedad de que este es un régimen imperativo, porque 'cualquier estipulación en contrario se considerará como no escrita', según el mismo artículo 141 del Código de Comercio, en el cual se permite también cualquier otro 'privilegio económico' que se pacte con sujeción a esas mismas condiciones"<sup>840</sup>.

e) El pago del dividendo. Aprobados por la asamblea general los estados financieros de propósito general y decretado el correspondiente reparto de las utilidades justificadas en éstos, debe hacerse el pago de las mismas, a fin de que

---

<sup>840</sup> Ibídem p. 233-258.

se haga efectivo ese derecho esencial del socio a los beneficios. La sociedad, como deudora del importe de las utilidades repartidas, debe pagar a todos y a cada uno de los socios en igualdad de condiciones, desde luego, porque, salvo el caso de dividendos preferenciales — de que se ha tratado en el número anterior —, el acuerdo de la asamblea general que decreta el dividendo y regule su pago ha de tener carácter general, como toda decisión de la asamblea, según lo previsto en el artículo 188 del Código de Comercio.

Sobre este tema, no sobra traer a colación unas breves observaciones que los Doctores Gabino Pinzón y José Ignacio Narváez hacen al respecto:

- 1) *“Las utilidades han de ser pagadas en dinero efectivo, por cuanto este constituye una medida común de valores que permite pagar a todos por igual, dentro de la proporción que a cada cual corresponda, y porque así pueden evitarse corruptelas o irregularidades con las cuales no solamente puede romperse esa justa proporcionalidad, sino que hasta se puede afectar el funcionamiento mismo de la empresa social. Esta regla general del artículo 156 del Código de Comercio, tiene, sin embargo, una excepción muy importante en la sociedad anónima, en la cual, con el voto favorable del ochenta por ciento de las acciones representadas en la reunión de la asamblea en la cual se apruebe el balance de fin de ejercicio, puede ordenarse el pago de las utilidades con acciones liberadas de la misma compañía, es decir, puede capitalizarse el dividendo y llevarse a cabo en esta forma un aumento del aporte de los socios, Esta medida — prevista en el artículo 455 del Código y aplicable por analogía por lo menos en las sociedades en comandita por acciones — puede ser muy útil para fomentar el crecimiento y el robustecimiento de esa clase de sociedades y convertir, así un pasivo externo y exigible en un simple pasivo interno no exigible antes de la liquidación, con evidentes ventajas para la sociedad y los demás acreedores sociales.*
- 2) *“Conforme al mismo artículo 156 del Código, ‘las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten’, en las épocas que fije la asamblea general al aprobar su distribución. Con esto, aunque se trata de facilitar a la sociedad el pago del dividendo, permitiendo diferirlo hasta por un año o distribuirlo en varias cuotas dentro de ese mismo período, se asegura al asociado el recibo de su parte en las utilidades, si no al fijarlas por medio de la aprobación del balance, sí en un término no superior, en principio, a la duración del siguiente ejercicio. Por eso las costumbres han impuesto la sana práctica*

*de dividir en varias cuotas, generalmente mensuales, la suma correspondiente a las utilidades repartidas, para facilitar su pago sin traumatizar económicamente a la sociedad y para dar al dividendo cierto sentido de renta fija y periódica para los asociados.*

- 3) *“Las utilidades decretadas constituyen un pasivo externo de la sociedad, como ya lo dijimos; y ese pasivo es exigible en la forma como se haya decretado el pago de las utilidades, ya que si este se ordena en forma escalonada o de cuotas periódicas es solamente al vencimiento de cada una de tales cuotas cuando puede exigirse el pago. Porque, aunque el derecho a la utilidad deja de ser simplemente virtual para el socio cuando se aprueba el balance, la exigibilidad de ese derecho está sujeta a la regulación contenida en el proyecto de distribución aprobado por la misma asamblea general. Conforme a esa regulación es, pues, como el socio puede hacer exigible su crédito contra la sociedad por su cuota en las utilidades; y puede hacerlo judicialmente en forma de proceso de ejecución, por cuanto, conforme al artículo 156 del Código de Comercio, el balance aprobado por la asamblea general y la copia del acta en la cual conste el reparto de utilidades aprobado por la misma asamblea prestan ‘mérito ejecutivo’ ante los jueces para hacer efectivo el pago de las utilidades, con las medidas precautelativas del caso sobre los bienes sociales, cuando la sociedad no haga oportunamente el pago del dividendo decretado”<sup>841</sup>.*
- 4) *“De acuerdo con el mismo artículo 156 del Código de Comercio, en su inciso segundo, “las utilidades que se repartan..., y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad”. En otras palabras, las utilidades decretadas pueden pagarse por compensación, en su totalidad o en la parte equivalente a las obligaciones que tengan pendientes los socios con la sociedad. Aunque debe hacerse énfasis en que, según el principio del artículo 1715 (numeral tercero) del Código Civil, sobre el pago por compensación, las obligaciones de los socios deben ser tan exigibles como la obligación de la sociedad de pagar la utilidad. Porque puede ocurrir que un socio deba parte de su aporte, caso en el cual hay que tener en cuenta los plazos o términos que se hayan pactado para el pago de los aportes,*

---

<sup>841</sup> Esto quiere decir que en cualquier concurso de acreedores, o en la discusión de un concordato preventivo con los acreedores de la sociedad, los socios tienen derecho a intervenir con los créditos provenientes de utilidades cuyo reparto se haya decretado por la junta general y no haya sido pagado. Créditos que, desde luego, no gozan de privilegio o prelación alguna para el pago, por cuanto corresponden a la quinta o última de las clases en que se dividen los créditos, al tenor de los artículos 2495 y siguientes del Código Civil. Con lo cual no se hace agravio alguno a los demás acreedores, ya que las utilidades, una vez separadas del activo patrimonial con la aprobación del balance, no pertenecen a la sociedad, sino a los socios, y estos no tienen la obligación de dejarlas en el fondo social formado con los aportes y sus incrementos. Lo único que están obligados a dejar de retirar, aunque siguen siendo utilidades, son las reservas prescritas en la ley o en los estatutos, u ordenadas por la junta o asamblea general.

*por cuanto solamente las cuotas que sean exigibles al tiempo del pago de las utilidades son las que pueden ser compensadas en la forma indicada. Pero, además de las sumas exigibles por concepto de aportes, pueden compensarse de la misma manera, cualesquiera otras obligaciones pendientes de los socios a favor de la sociedad”<sup>842</sup>.*

- 5) *“Si se reparten utilidades a los asociados con base en balances irreales, o que no se ajustan a las prescripciones legales y a las reglas de la técnica contable, los asociados de buena fe no están obligados a restituirlas. La prohibición de distribuir utilidades ficticias está patente en diversas disposiciones legales. Y la facultad para los asociados de retener las sumas percibidas de buena fe es correlativa a la obligación de no repartir utilidades a sabiendas de que no son beneficios verdaderos sino ganancias aparentes. En este caso son los administradores, contadores y revisores los responsables de los perjuicios causados a la sociedad y a los asociados con el reparto indebido. Pero esta distribución indebida implica que en los ejercicios siguientes las utilidades se destinen prioritariamente a absorber las sumas pagadas a los asociados y no repetidas (recobradas) por la sociedad”<sup>843</sup>.*
  
- 6) *“El artículo 33 de la Ley 222 de 1995, adicionó el párrafo al artículo 455 del Código de Comercio, de tal manera que siempre que se configure una situación de control de sociedades en las modalidades previstas en los artículos 260 y 261 del mismo Código, rige lo dispuesto en el párrafo en cuestión, es decir que ‘sólo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten’.*
  
- 7) *“Aprobado el reparto de utilidades a los socios, ¿puede el órgano supremo de la sociedad modificar las fechas acordadas para efectuar los pagos? Sobre el particular se presentan dos situaciones distintas:*
  - 7.1) *Como el plazo para hacer los pagos, siempre que no exceda de un año, favorece a la sociedad, la junta de socios o la asamblea general puede renunciarlo con el quórum decisorio ordinario, y*
  - 7.2) *Como la aplicación del o de los términos perjudica a los beneficiarios, sólo es posible mediante el consentimiento expreso de ellos”<sup>844</sup>.*
  
- 8) *“Para terminar estos comentarios sobre las utilidades sociales, conviene insistir en la importancia de la norma contenida en el artículo 455 del Código de Comercio, que prevé un caso en el cual pueden ser obligados los accionistas a aumentar su aporte, sin necesidad de que así se haya*

---

<sup>842</sup> PINZÓN, Op.Cit., p.233-258.

<sup>843</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 228.

<sup>844</sup> *Ibidem*.

*estipulado expresamente en los estatutos, como se exige en el artículo 123 del mismo Código. Porque — no sobra repetirlo — esta es una forma de capitalizar las utilidades, es decir, aumentar con ellas los aportes de los asociados; medida que resulta ventajosa para la sociedad, porque se convierte un pasivo externo en un pasivo interno, según se dijo ya, incrementando el capital de la sociedad; para los terceros, porque se robustece el fondo social y se eliminan otros acreedores llamados a participar con ellos en cualquier concurso; y para los socios mismos, pues las utilidades capitalizadas entran a producir nuevos dividendos y a conferir nuevos votos en la asamblea general, como no ocurre con las utilidades que se dejan simplemente en forma de reservas, que aumentan el pasivo externo, pueden ser distribuidas y son improductivas para el asociado. Para lo cual basta que la medida sea aprobada con el voto favorable de los asociados que representen, por lo menos, el ochenta por ciento de las acciones representadas en la respectiva reunión de la asamblea; porque, a falta del voto de dicha mayoría, la medida, aunque puede adoptarse, no es obligatoria y quedan los asociados en libertad para recibir o no, acciones en pago de la totalidad o de parte de su dividendo<sup>845</sup>.*

*“La importancia del artículo 455 del Código está en el sentido de excepción a la norma del artículo 123 del mismo Código, en cuanto no es necesario, como ya se apuntó, que en los estatutos se consagre o establezca expresamente esta facultad de la asamblea. Con lo cual queda dicho, de una vez, que en las demás formas de sociedad puede pactarse esta posibilidad de suyo ventajosa para la sociedad, los terceros y los socios mismos, según lo que queda dicho. Porque esa es una forma de aumentar el aporte de los asociados que, incorporada en los estatutos, es tan obligatoria como cualquiera otra estipulación del contrato social; y no solamente puede pactarse como una obligación de destinar una parte de las utilidades de cada ejercicio a ser capitalizadas, sino que no hay razón de derecho valedera para negar la posibilidad de que se deje a la asamblea general la facultad de ordenar esas cuotas de capitalización obligatoria, o por lo menos opcional, fijando apenas un límite que impida abusos de las mayorías, en la misma forma en que pueden establecerse reservas previstas en los estatutos o decretadas por la asamblea al aprobar un balance.*

---

<sup>845</sup> Aparentemente no resulta aceptable que una minoría decida sobre un derecho tan importante del asociado, ya que el 80% de las acciones representadas en una reunión de la asamblea general puede resultar inferior al 51% de las acciones suscritas. Pero, en primer lugar, se trata de decisiones de carácter general, oponibles por lo tanto a los socios ausentes y disidentes, según el artículo 188 del Código de Comercio; y, en segundo lugar, la obligación de colaboración propia del contrato de sociedad es incompatible con la indiferencia de los socios y estos han de sufrir las consecuencias de su conducta. Ni las leyes ni los estatutos deben prever en favor de los asociados una protección mayor que la que estos mismos tengan interés en obtener.

*“Porque no puede olvidarse que las utilidades son de los socios y que estos pueden disponer de ellas según sus conveniencias, especialmente cuando se trata de medidas favorables a la sociedad misma, que no es distinta de los mismos socios colectivamente considerados. Y porque tampoco puede olvidarse que en estos asuntos de libre estipulación de los socios — al igual que en cualquier otro contrato — no es necesario que se consagren autorizaciones expresas en las leyes; a estas solo corresponde en tales casos fijar las condiciones o limitaciones que sean necesarias para protección de los derechos que ellas mismas reconocen”<sup>846</sup>.*

**16.6.2 Proporción perteneciente al Estado.** En ese orden de ideas, podemos deducir fácilmente que para el caso de las sociedades de economía mixta, aunque hay un porcentaje definido, el cual se determina conforme a su participación en el capital de las sociedades de economía mixta, el monto a repartirle por concepto de dividendos es incierto, toda vez que es el CONPES el organismo encargado de hacer dicha distribución de acuerdo al análisis de la respectiva coyuntura económica de las respectivas sociedades de economía mixta.

Si la Nación recibe dividendos, los socios que pertenecen al sector público harán uso de estos recursos de acuerdo con lo establecido en las normas que rigen su organización y funcionamiento y con lo establecido por el CONPES en el instructivo anual que expide respecto de la destinación que debe dársele a las utilidades que corresponden a las entidades nacionales Estatales, bajo la vigilancia de los órganos de control de las entidades del Estado.

Consideramos que, para darle seguridad a los inversionistas privados, las utilidades pertenecientes al Estado, antes de ser incorporadas al Presupuesto General de la Nación, deberían ser reinvertidas en las propias sociedades que las generaron, bien sean como reservas o como una de las formas de capitalización, y en un porcentaje mayor al 20 por ciento mínimo del que trata el artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996, y que no sea el inversionista privado el que se dedique a capitalizar y constituir reservas en las sociedades que pertenecen tanto a los

---

<sup>846</sup> PINZÓN, Op. Cit., p.233-258.



particulares como al Estado, y el Estado se dedique a llevarlas a la quiebra esperando que se le apruebe en el Presupuesto General de la Nación una partida para capitalizarla cada año y seguir como una sociedad ineficiente y configurándose como un muy posible foco de corrupción.

**16.6.3 Proporción perteneciente a los particulares.** Recordemos que el inciso primero del artículo 98 del Código de Comercio dispone que *“por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”*.

Entonces, aquí es plenamente aplicable todo lo dicho en el punto inmediatamente anterior, y por lo tanto a él debemos remitirnos, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 466<sup>847</sup> del Código de Comercio, las utilidades que se reparten como dividendos a los particulares deben tener en cuenta tanto el proyecto de distribución del artículo 85 inciso 1 del Decreto-Ley 111 de 1996, como las instrucciones impartidas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, como lo ordena el artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996, el cual fue transcrito en el punto 3° del presente capítulo, debido a que dichas normas **no discriminan** si las instrucciones y el proyecto elaborado conjuntamente por el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General de Presupuesto se aplica únicamente a las utilidades de la Nación o a las utilidades pertenecientes a los particulares.

Sustentamos esta afirmación en lo siguiente:

a) La Ley 489 de 1998, en el inciso 1° del artículo 97 señala que las sociedades

---

<sup>847</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 466. “Cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal exceda del 50 por ciento del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actuaren en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos”.

de economía mixta son “*organismos autorizados por la Ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la Ley*”.

- b) Esta misma Ley, en su artículo 38, señala que las sociedades de economía mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, es decir, son parte de la Administración Pública. Por esta razón, deben tener siempre presente las instrucciones que el Estado les señale.

En el mismo sentido, el artículo 68 de la misma Ley señala que “*Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las Superintendencias...*”.

- c) Por su parte, el inciso 2° del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señalaba que “*para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado*”. Esta disposición fue declarada inexecutable en la Sentencia C-953 de 1999.

En dicha sentencia, la Corte Constitucional, a grandes rasgos, señala que se limita la participación de la Nación en el capital social de las sociedades de economía mixta a que no sea inferior al 50 por ciento del total del capital social, y, en consecuencia, si se admite lo anterior ya no se estaría frente a una sociedad de economía mixta sino frente a un nuevo tipo de sociedad con

participación estatal<sup>848</sup>.

En este punto podemos preguntarnos lo siguiente: ¿los efectos de esta sentencia serán extensibles al artículo 466 del Código de Comercio?

Aunque la sentencia ya citada es clara en señalar que sus consideraciones no tendrán en cuenta lo dispuesto en el Código de Comercio sobre las sociedades de economía mixta, de acuerdo con la definición dada en el artículo 461<sup>849</sup> de dicho Código pareciese que sí debería de tener incidencia en lo dispuesto por el artículo 466 del Código de Comercio, y permitir que, sea cual sea el porcentaje de aporte de capital de la Nación en la sociedad de economía mixta, se le permita el derecho al voto.

No obstante, debido a que la sentencia mencionada señala que sus efectos solo serán frente al inciso 2° del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, consideramos que se le debe dar plena aplicación al artículo 466 del Código de Comercio.

Consideramos que, aunque la disposición contenida en el inciso 2° del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 tenía un porcentaje muy alto para la participación mínima del Estado, sí es conveniente (o debe ser) que se limite la influencia de la Nación en cuanto a la distribución de utilidades en la sociedad de economía mixta, lo cual no es nada distinto que aplicar lo dispuesto por el artículo 466 del Código de Comercio.

Un ejemplo puede clarificar lo anterior: si el aporte de los particulares es del 40 por ciento del capital social, y el aporte de la Nación es el 60 restante, puede suceder

---

<sup>848</sup> Sobre la sentencia C-953 de 1999 de la Corte Constitucional, en esta misma obra véase el numeral 6.6.2.1

<sup>849</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 461. “Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.

que dicho aporte consista en uno de los que permite el artículo 463 del Código de Comercio. Pues bien, si de eso se tratan los aportes, puede llegar a ser perjudicial para la sociedad de economía mixta el que se deba tener en cuenta las instrucciones del CONPES basadas en el proyecto conjunto del inciso 1 del artículo 85 del Decreto-Ley 111 de 1996, puesto que con esa estricta sujeción de la sociedad se perderían las ventajas que la Nación ha aportado a la sociedad de economía mixta.

A nuestro juicio, esta disposición (inciso primero del artículo 85 del Decreto-Ley 111 de 1996) limita mucho la posibilidad que tienen los socios particulares de disponer de las utilidades que les sean repartidas, puesto que, en el evento en que deseen capitalizar dichas utilidades o se les desee dar cualquier otro destino, el particular deberá hacerlo conforme a lo ordenado por el CONPES, lo cual podría, inclusive, limitar el destino de esos recursos a simplemente reinvertirlos a la misma sociedad de economía mixta para capitalizarla, lo que, en últimas, logra es desestimular la inversión privada en este tipo de sociedades al no poder contar con la certeza, no solo de generar utilidades, sino de hacer uso de éstas como lo crean mejor.

Sin embargo, los particulares tendrán libertad frente a la determinación de la distribución de las utilidades, en el caso en que su aporte sea superior al 51 por ciento, puesto que, haciendo una lectura desde el punto de vista negativo a lo establecido por el artículo 466 del Código de Comercio, las autoridades de derecho público que sean accionistas en la situación planteada tienen una restricción al voto, y por ende su(s) representante(s) también<sup>850</sup>. En consecuencia, los

---

<sup>850</sup> CODIGO DE COMERCIO, art. 466. "Cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal, exceda del cincuenta por ciento (50%) del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actúen en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos". Si se leyera desde un punto de vista prohibitivo, se debería entender esta disposición de la siguiente forma: "cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal, no exceda del cincuenta por ciento (50%) del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas se les aplicará la restricción del voto y quienes actúen en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos".

particulares pueden darle la destinación que deseen a las utilidades, y las instrucciones del CONPES, aunque deberán ser tenidas en cuenta, solamente serán obligatorias frente al porcentaje que le corresponde a la Nación por su participación en el capital de la sociedad de economía mixta.

Pero, como en la actualidad las sociedades de economía mixta, no importa el porcentaje de participación de la Nación en su capital, hacen parte del sector descentralizado de la Administración Pública, se le deberán aplicar las normas ya citadas del Decreto-Ley 111 de 1996 al no hacer discriminación alguna acerca de sí se refieren al porcentaje perteneciente a la Nación o a las utilidades que en general producen las sociedades de economía mixta, por lo que se podría llegar a pensar que la aplicación del artículo 466 en la forma comentada es nula.

Por esta razón, en el caso de realizarse una futura reforma en el tema de la destinación que se le puede dar a las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta y que van a ser asignadas a los socios particulares, se deberá buscar que quienes deban tener la obligación de sujetarse a lo que establezca el CONPES frente a las utilidades generadas por la sociedad de economía mixta sean únicamente los socios públicos de ella y no los particulares, quienes podrán (como debería de ser en la actualidad) disponer, como a bien tengan, y dentro de las necesidades de la sociedad de economía mixta de la cual es o son socios, de las utilidades que genere la sociedad en la cual han invertido y de la cual no esperan sino que las produzca en cantidad.

## **16.7 QUIÉN REALIZA ESTA DISTRIBUCIÓN.**

De acuerdo con la doctrina, “en la escritura constitutiva de la sociedad debe estipularse *la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse* (artículo 110

ordinal 8<sup>o851</sup>). Y el órgano supremo de la sociedad tiene competencia privativa y exclusiva para *disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes* (artículos 187<sup>852</sup> y 420<sup>853</sup>)<sup>854</sup>.

Tenemos, entonces, que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 466 del Código de Comercio, el órgano supremo de la sociedad, cuando los particulares tienen más del 50 por ciento de participación en el capital de la sociedad de economía mixta, es quien deberá determinar la destinación de las utilidades generadas y si serán o no distribuidas.

---

<sup>851</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 116. “La Sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

(...)

8º. Las fechas en que se deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse”.

<sup>852</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 187 “La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad:

1. Estudiar y aprobar las reformas de los estatutos;
2. Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores;
3. Disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes;
4. Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente;
5. Considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso;
6. Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados;
7. Constituir las reservas ocasionales, y
8. Las demás que les señalen los estatutos o las leyes.

Parágrafo.- Las funciones anteriores podrán cumplirse lo mismo en las reuniones ordinarias que en las extraordinarias, si en el contrato social o en las leyes no se previene otra cosa”.

<sup>853</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 420 “La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes:

1. Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales;
2. Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará;
3. Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal;
4. Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda;
5. Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión.
6. Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad, y
7. Las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano”.

<sup>854</sup>NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 219.

Por el contrario, en las sociedades de economía mixta, en las que la Nación participe con más del 50 por ciento de su capital social, esto no es del todo cierto, puesto que el artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996 y el artículo 1° del Decreto 205 de 1997, citados en el marco legal, disponen que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, conforme a los proyectos de repartición de utilidades con base en estados financieros fidedignos cortados a 31 de diciembre del año precedente, proyectos que deberán ser enviados por las sociedades de economía mixta al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto, quienes conforme con dichos proyectos elaborarán un proyecto conjunto y definitivo para aprobación del CONPES, es el organismo competente para impartir las instrucciones a los representantes de la Nación en las juntas de socios o asambleas de accionistas sobre las utilidades que se capitalizan o reservan y las que se reparten a los accionistas como dividendos, de acuerdo con el documento que preparan la Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación Nacional y la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como podemos apreciar, en las sociedades de economía mixta, en las que la participación de la Nación en su capital social sea superior al 50 por ciento, continúa teniendo validez lo dispuesto por el artículo 110 ordinal 8°, 187 y 420 del Código de Comercio, pero siempre y cuando se tenga en cuenta lo dispuesto por los artículos 85 y 97 del Decreto-Ley 111 de 1996. Tal vez donde el órgano supremo de la sociedad tiene la competencia privativa de la que hablan los artículos 187 y 420 del Código de Comercio es en la presentación del proyecto de distribución de utilidades, conforme a lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 205 de 1997.

Consideramos que, en este punto, el Legislador vuelve a penar por exceso de centralización en la regulación sobre el destino de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta puesto que, si bien el CONPES si debe dar unos

lineamientos generales sobre el destino de las utilidades pertenecientes a los socios públicos o a la participación estatal, las instrucciones sobre las utilidades que se capitalizan o reservan y las que se reparten a los accionistas como dividendos deben ser dadas por quien conoce de fondo la situación de cada sociedad de economía mixta, que, en este orden de ideas, será el Ministerio al cual estén vinculadas o el máximo órgano social, es decir, Junta de Socios o Asamblea de Accionistas, del cual harán parte los representantes de la Nación.

#### **16.8 DESTINACIÓN DE LAS UTILIDADES PRODUCIDAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL**

La destinación de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta del orden Nacional dependerá de la participación de los socios particulares y de la Nación en dichas compañías.

Si la participación de la Nación en su capital es inferior al 50 por ciento, por aplicación del artículo 466 del Código de Comercio, debemos entender que los particulares podrán darle la destinación que deseen a las utilidades generadas por su compañía, puesto que los representantes de la Nación, al tener restringido su derecho al voto, no podrán votar para imponer la decisión que el CONPES, al impartir instrucciones, haya dado sobre el particular. Es claro, entonces, que dichas instrucciones solamente serán una guía para que los particulares decidan sobre el destino de las utilidades generadas.

Por el contrario, en las sociedades de economía mixta del orden Nacional en las que la participación de la Nación en su capital social sea superior al 50 por ciento, el CONPES es quien decide, conforme al proyecto realizado conjuntamente por el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General del Presupuesto, la cuantía de las utilidades y de los excedentes financieros, según sea el caso, que harán parte de los recursos de capital del Presupuesto General de la Nación, así



como la fecha en que deben ser consignados, tal como lo señala el artículo 13 del Decreto 630 de 1996, citado en la parte referente al marco legal<sup>855</sup>.

En este orden de ideas, es lógico deducir que los recursos asignados al Presupuesto General de la Nación serán utilizados por el Gobierno (a través de los órganos respectivos) de conformidad con sus políticas fiscal y macroeconómica. Sin embargo, también es lógico suponer que una parte de dichos recursos debe ser asignada a las mismas entidades que los generaron, y en efecto así lo establece el artículo 97, inciso 4º, del Decreto-Ley 111 de 1996: "El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, al adoptar las determinaciones previstas en este artículo, tendrá en cuenta el concepto del representante legal acerca de las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades, según sea el caso, sobre los programas y proyectos de la entidad. Este concepto no tiene carácter obligatorio para el CONPES, organismo que podrá adoptar las decisiones previstas en este artículo aun en ausencia del mismo."

Consideramos que las instrucciones impartidas por el CONPES, sobre la destinación que deberán tener las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta, deberían tener simplemente un carácter consultivo para la sociedad, y ser obligatorias en cuanto a la participación del Estado, lo cual podría llegar a ser más atractivo para el particular que invierte en este tipo de compañías.

Para concluir, tenemos que la destinación de las utilidades de las sociedades de economía mixta, repartidas como dividendos en la proporción que pertenezcan al Estado, la determina el Gobierno Nacional, y el monto que no se reasigne a la sociedad de economía mixta que la generó, y que no se utilice, conforme a las instrucciones impartidas por el CONPES cada año, para capitalizar la propia

---

<sup>855</sup> En este punto es importante recordar el comentario realizado en el punto 16.3.7, el cual se dirige a hacer caer en cuenta al lector de la inexactitud cometida por el artículo 13 del Decreto 630 de 1996 al solo referirse a los excedentes financieros y dejar por fuera las utilidades generadas por las Empresas Industriales y Comerciales de Estado y las Sociedades de economía mixta.

sociedad o para constituir reservas, serán incorporados en el Presupuesto General de la Nación, es decir, como hemos insistido, se les dará trato de excedentes financieros.

## **16.9 UTILIDADES Y/O PERDIDAS GENERADAS POR LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL.**

En el cuadro que se presenta en la siguiente página se presentan los montos de las utilidades y/o las pérdidas generadas por las sociedades de economía mixta del orden Nacional durante las vigencias presupuestales de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002.

Cabe aclarar que dicha información fue solicitada a las propias compañías mediante el ejercicio del derecho de petición de solicitud de información consagrado en el Código Contencioso Administrativo, pero no todas las sociedades de economía mixta nos colaboraron con el suministro de dicha información (solo 9 sociedades de economía mixta atendieron en término y cabalmente nuestra solicitud).

Posteriormente, individualizaremos cada sociedad de economía mixta, señalando lo que sucedió en esa misma vigencia fiscal y anotando la cantidad de reservas decretadas y los dividendos distribuidos. (Tabla 24)

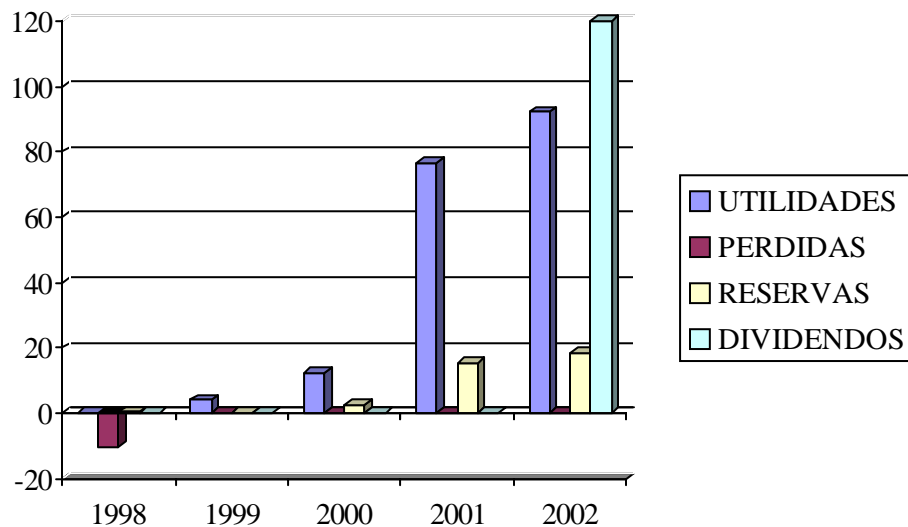
**16.9.1 Banco Agrario de Colombia.** Es pertinente aclarar que las pérdidas que para 1998 fueron referidas corresponden a las pérdidas con las cuales la Financiera Leasing Colvalores S.A. cerró sus operaciones, debido a que esta compañía fue la que se convirtió posteriormente en el Banco Agrario de Colombia. Ese mismo año la Financiera Leasing Colvalores S.A. tenía constituidas reservas por valor de \$280.730.339,90. Las pérdidas con las que cerró operaciones Colvalores fueron cubiertas con la totalidad de las utilidades del año 1999 y parte

de las utilidades generadas en el año 2000.

En cuanto al Banco Agrario de Colombia, desde que inició operaciones esta sociedad de economía mixta nunca ha producido pérdidas, ha decretado reservas en el año 2000 por valor de \$2.465.092.359,65, en el año 2001 por valor de \$15.335.221.582,92 y en el año 2002 por valor de \$18.449.176.404,30. Asimismo, esta sociedad de economía mixta distribuyó dividendos por valor de \$120.000.000.000

Gráficamente la situación se observa en la Figura 3.

**Figura 3. Utilidades, pérdidas, reservas y dividendos Banagrario. Periodo 1998-2002**



Como podemos observar, esta compañía ha multiplicado la obtención de utilidades en 6.3 veces para el año 2001 y en 7.6 veces para el año 2002 si se compara con las utilidades obtenidas en el año 2000. Asimismo, las reservas decretadas aumentaron considerablemente del año 2000 al año 2001, probablemente por efecto del enjuague de pérdidas que traía la Financiera Leasing Colvalores, pero las reservas no aumentaron mucho del año 2001 al año 2002.

,00 en el año 2002.

**Tabla 25. Utilidades y/o pérdidas generadas por las sociedades de economía mixta del orden nacional**

SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	VIGENCIA PRESUPUESTAL									
	1998		1999		2000		2001		2002	
	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA
ALMAGRARIO <sup>856</sup>										
ARTESANIAS DE COLOMBIA										
BANAGRARIO <sup>857</sup>		16.461.125.296.70	3.924.100.381.92		12.325.461.797.26		76.676.107.91145		92.245.882.021.70	
BANCAFE <sup>858</sup>		293.892.000.000.00		565.766.000.000.00		381.407.000.000.00	2.153.000.000.00		5.706.000.000.00	
BANCOLDEX <sup>859</sup>	89.968.000.000.00		60.181.000.000.00		24.641.000.000.00		81.666.000.000.00		65.516.000.000.00	
BANESTADO										
BCH EN LIQUIDACIÓN.										
CENTRAL DE INVERSIONES S.A. <sup>860</sup>						13.143.232.00	47.354.915.00		50.895.809.00	
COFINPRO										
CORABASTOS <sup>861</sup>										
CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA <sup>862</sup>	370.100.000.00			922.600.000.00	455.100.000.00		607.900.000.00		478.400.000.00	
FEN <sup>863</sup>	91.941.907.023.		27.622.836.445.2		9.142.706.739.26		1.450.370.724.07		1.482.204.652.13	

<sup>856</sup> En comunicación del 5 de marzo de 2003, el Secretario General y Jurídico de esta entidad, Sr. Alvaro José Tovar Reyes, nos solicita que alleguemos una certificación de la Universidad "acreditando" que somos estudiantes de la misma. La certificación expedida por la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana en la que consta que el presente trabajo es optativo para el título de abogado la enviamos vía fax el 21 de marzo de 2003, sin que a la fecha hallamos obtenido respuesta alguna.

<sup>857</sup> Comunicación de abril 28 de 2003, con el número 004478, firmado por la Gerente del Banco Agrario de Colombia.

<sup>858</sup> Comunicación recibida vía e-mail el 20 de marzo de 2003 por el Director de Planeación y Control Financiero.

<sup>859</sup> Comunicación de marzo 19 de 2003, bajo el número B-SEG 003485, firmado por el Secretario General (E)

<sup>860</sup> Comunicación recibida vía e-mail el 1 de abril de 2003. Es pertinente aclarar que mediante el Decreto 1814 de 2000 se creó la nueva Central de Inversiones S.A., y, por esa razón, solamente se tienen los datos de las vigencias posteriores.

<sup>861</sup> Debido a la situación de huelga que atravesaba la entidad, no se pudo obtener la información a través del ejercicio del derecho de petición.

<sup>862</sup> Comunicación de marzo 21 de 2003, radicado No 1262 GE/057-OCI/CIAC, firmado por el Gerente de la CIAC S.A.

<sup>863</sup> Comunicación de marzo 20 de 2003, bajo el número SG.0832, firmado por la Secretaría General de dicha entidad.

SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	VIGENCIA PRESUPUESTAL									
	1998		1999		2000		2001		2002	
	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA	UTILIDAD	PERDIDA
	75		8							
FIDUCIARIA LA PREVISORA										
FIDUCOLDEX <sup>864</sup>										
FIDUESTADO										
FINAGRO <sup>865</sup>	47.451.676.399.00		8.116.372.248.00		16.727.540.056.00		33.412.619.785.00		16.471.812.963.00	
FINANCIERA FES										
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS										
GRANAHORRAR										
IFI										
LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS										
SOCIEDAD HOTEL SAN DIEGO HOTEL TEQUENDAMA <sup>866</sup>	400.704.959.42		14.112.962.30		35.686.786.22		651.096.330.75			344.545.860.50
VECOL <sup>867</sup>		2.370.031.000.00	287.000.00			1.748.639.000.00	3.105.851.000.00		1.618.370.000.00	

<sup>864</sup> En comunicación del 8 de abril de 2003, la Gerente Jurídica y Administrativa de dicha entidad nos comunica que, debido a la confidencialidad de la información, hasta tanto no se allegue por parte de la Universidad Javeriana una certificación en la que conste que los autores de este trabajo cursan la especialización de Derecho Comercial, esta entidad no nos suministrará dicha información. La certificación expedida por la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana en la que consta que el presente trabajo es optativo para el título de abogado la enviamos vía fax el 10 de abril de 2003, sin que a la fecha hallamos obtenido respuesta alguna.

<sup>865</sup> Comunicación de marzo 26 de 2003, bajo el número 007332, firmado por el Presidente de la entidad.

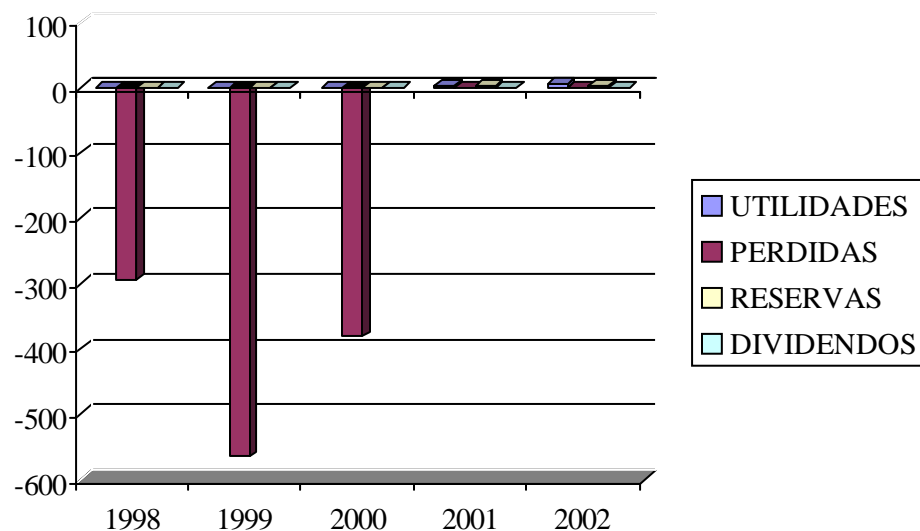
<sup>866</sup> Derecho de petición de abril 2 de 2003, radicado No 0249-HTAG, firmado por el Gerente General del Hotel San Diego S.A. Hotel Tequendama.

<sup>867</sup> Comunicación recibido vía fax el 25 de marzo de 2003, firmado por el Gerente General de la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A.

**16.9.2 Bancafé.** En esta sociedad de economía mixta nos encontramos con que generaron utilidades en los años 2001 y 2002, decretando reservas esos mismos años por un valor de \$2.153 y \$3.006 millones respectivamente. Asimismo, los años 1998, 1999 y 2000 generaron pérdidas. Esta sociedad de economía mixta, en el periodo de tiempo objeto de estudio, no distribuyó ningún tipo de dividendos.

Gráficamente la situación se observa en la Figura 4.

**Figura 4. Utilidades, pérdidas, reservas y dividendos Bancafé. Periodo 1998-2002**



Como se puede apreciar, han sido más las pérdidas que las utilidades que ha generado Bancafé en los últimos 5 años, aunque la situación ha mejorado, puesto que pasó de producir pérdidas en el año 2000 a producir unas tímidas utilidades en el año 2001 y en 2002, las cuales fueron reservadas en su totalidad únicamente en el año 2001. Asimismo, el año en que Bancafé produjo mayores utilidades fue en 2002, y en el que más produjo pérdidas fue en 1999.

**16.9.3 Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A.** Esta sociedad de economía mixta generó utilidades en todos los años que comprenden el periodo

de estudio de este trabajo, distribuyendo dividendos de la siguiente forma:

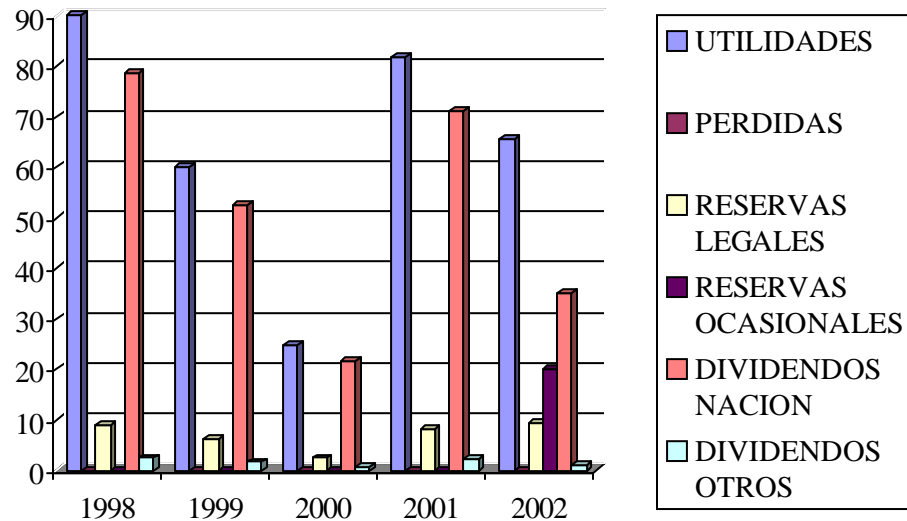
- a) En 1998, \$78.544 millones para la Nación y \$2.437 millones para otros (particulares)
- b) En 1999, \$52.509 millones para la Nación y \$1.629 millones para otros (particulares)
- c) En el año 2000, \$21.211 millones para la Nación y \$685 millones para otros (particulares)
- d) En el año 2001, \$71.280 millones para la Nación y \$2.212 millones para otros (particulares)
- e) En el año 2002, \$34.964 millones para la Nación y \$1.092 millones para otros (particulares)

En cuanto a las reservas, estas han sido decretadas en 1998 por un valor de \$8.987 millones, en 1999 por valor de \$6.043 millones, en el año 2000 por valor de \$2.445 millones, en el año 2001 por valor de \$8.174 millones y en el año 2002 por valor de \$29.454 millones. En el año 2002 el valor ya enunciado se descompone en COP \$9.454 millones correspondientes a reservas de naturaleza legal y COP \$20.000 millones como reserva ocasional, la cual está pendiente de aprobación por parte del CONPES con destino a la protección de activos de riesgo y a mejorar la competitividad de los servicios ofrecidos por esta institución; en los años anteriores a 2002 las reservas decretadas han tenido la naturaleza de reservas legales.

Gráficamente la situación de esta sociedad de economía mixta los últimos 5 años se observa en la Figura 5.



**Figura 5. Utilidades, pérdidas, reservas y dividendos Bancoldex. Período 1998-2002**

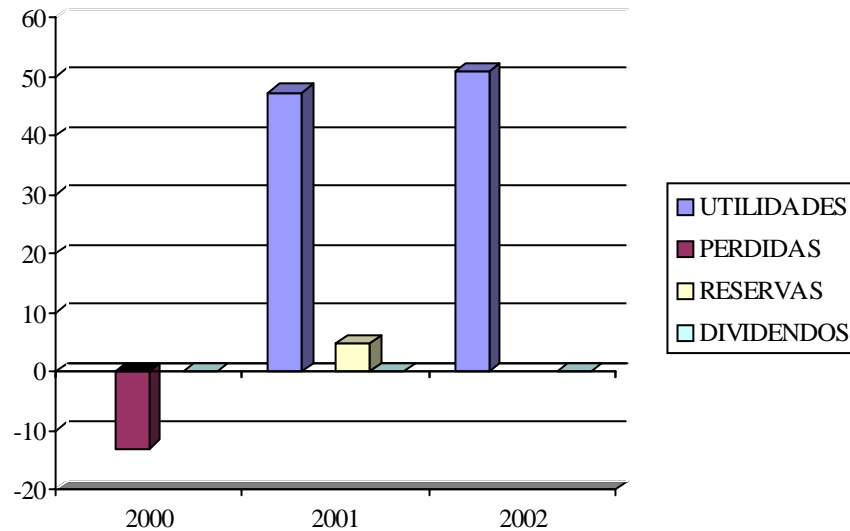


Como podemos apreciar, en el año en el que mayores utilidades obtuvo esta compañía fue en 1998, y en el que menos ha sido en el año 2000. En cuanto a las reservas, se decretaron las mayores en el año 2002, aunque en su mayoría fueron reservas ocasionales; las mayores reservas legales se decretaron en ese mismo año. Por su parte, los mayores dividendos entregados a la Nación fueron en el año 1998, y los mayores distribuidos a los particulares fueron en ese mismo año. No es difícil concluir que esta sociedad de economía mixta tiene una muy buena situación financiera, al punto que, aunque no es la única que no ha producido pérdidas en los años objeto de este estudio, si es la única que ha distribuido dividendos en todos los años a sus asociados.

**16.9.4 Central de Inversiones S.A.** En esta sociedad de economía mixta nos encontramos con que generó utilidades en los años 2001 y 2002, decretando reservas únicamente en el año 2001 por un valor de \$4.735.491. Asimismo, el año 2000 generó pérdidas. Esta sociedad de economía mixta, en el periodo de tiempo objeto de estudio, no distribuyó ningún tipo de dividendos.

Gráficamente la situación se observa en la Figura 6.

**Figura 6. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos CISA. Período 2000-2002**

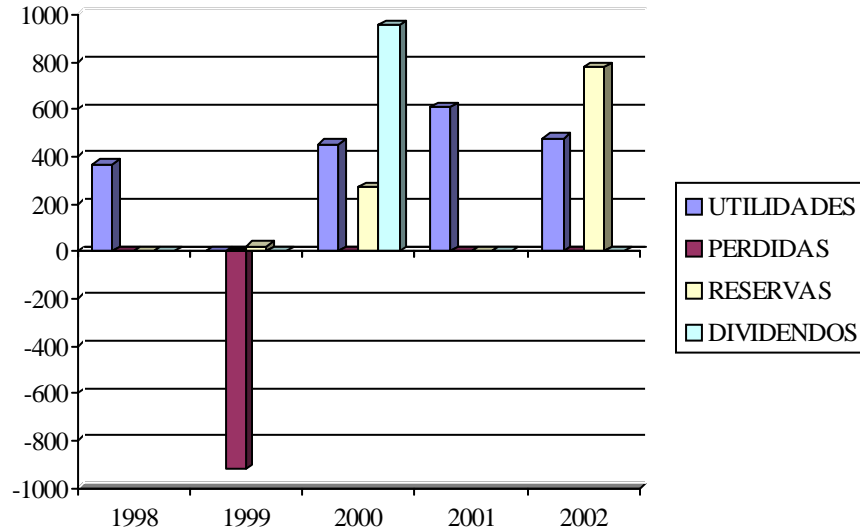


Como se puede apreciar, CISA ha sido una sociedad de economía mixta que solamente generó pérdidas en el año 2000, mientras que en los siguientes años (2001 y 2002) generó utilidades, siendo el año 2002 en el que más produjo, aunque en el año 2002 no decretó ningún tipo de reserva.

**16.9.5 Corporación de la Industria Aeronáutica S.A.** Esta sociedad de economía mixta, en los años que se han tomado como referencia para este estudio, únicamente generó pérdidas en 1999, generando utilidades el resto de años. En cuanto a las reservas, estas fueron decretadas en el año 1999 por valor de \$19.890 millones, en 2000 por valor de \$270 millones y en el año 2002 por valor de \$778 millones. Los dividendos fueron distribuidos en el año 2000 por valor de \$955 millones de acuerdo a los porcentajes de participación de sus accionistas (99.96% la Nación y 0.04% los particulares), distribuyendo utilidades también en el año 2002 (aunque para dicho año no nos informan su valor).

Gráficamente la situación de esta sociedad de economía mixta se observa en la Figura 7.

**Figura 7. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos CIAC. Período 1998-2002**



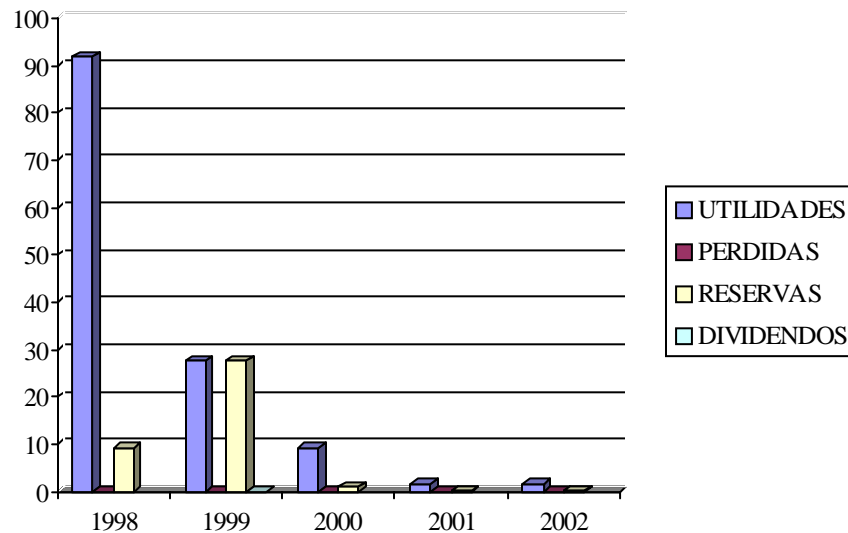
Como podemos apreciar, 2001 fue el año en que se produjeron mayores utilidades, pero fue en el 2000 cuando se distribuyó la mayor cantidad de dividendos y en 2002 cuando se decretó la mayor cantidad de reservas, siendo inclusive mayores las reservas decretadas que las utilidades obtenidas. Vemos, además, como las utilidades aumentaron en el año 2000 y en el año 2001, decreciendo en el año 2002 pero siendo superiores a las obtenidas en el año 1998.

**16.9.6 Financiera Energética Nacional S.A.** Con relación a esta sociedad de economía mixta, nos encontramos con que ha producido utilidades en todos los años objeto del presente estudio, pero, a diferencia de Bancoldex, no decretó distribución de dividendos en 1999 (la información sobre el valor de los dividendos distribuidos no nos fue suministrada, solamente nos informaron que los distribuyeron en efectivo). En cuanto a las reservas, estas fueron decretadas en 1998 por valor de \$9.194.190.702.38, en 1999 por valor de \$27.622.836.445.28, en 2000 por valor de \$914.270.673.93, en 2001 por valor de \$145.037.072.41 y en

2002 por valor de \$148.220.465.21.

Gráficamente la situación de esta compañía se observa en la Figura 8.

**Figura 8. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos FEN. Período 1998-2002**



Como podemos observar, la situación de esta sociedad de economía mixta frente a la obtención de utilidades ha sido decreciente, aunque tímidamente se obtuvieron más utilidades en el año 2002 comparándolo con el 2001. La situación con las reservas ha sido parecida, salvo en el año 1999, cuando se reservaron todas las utilidades obtenidas, razón por la cual no se decreto la distribución de los dividendos.

**16.9.7 Fondo para el financiamiento del sector agropecuario.** En cuanto a esta sociedad de economía mixta, nos encontramos con una situación similar a la que tiene la FEN, puesto que en los años objeto de estudio no ha obtenido pérdidas, pero, coincidentalmente, en el año 1999 no decreto distribución de dividendos, al igual de lo sucedido en la FEN. La distribución de los dividendos se ha efectuado de la siguiente forma:

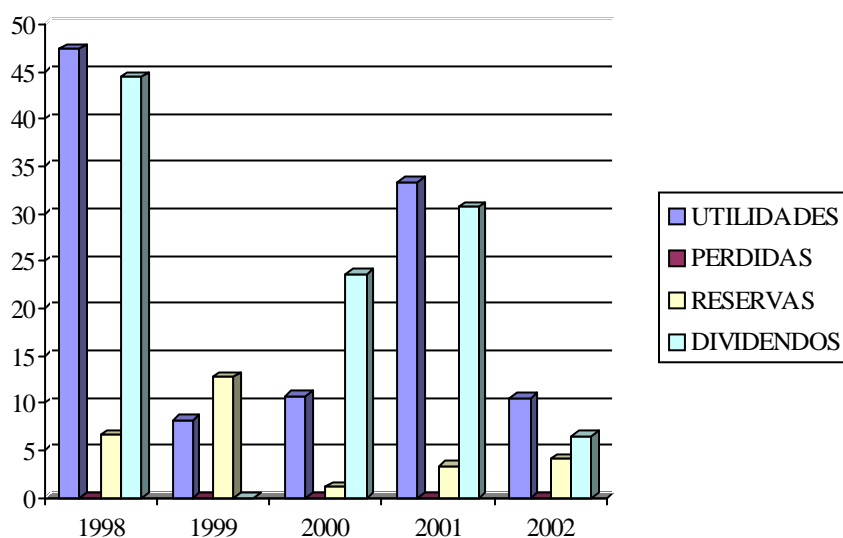
a) En 1998 se distribuyeron \$44.466.577.202 en efectivo

- b) En el año 2000 se distribuyeron \$23.662.346.457 en efectivo.
- c) En el año 2001 se distribuyeron \$30.726.732.465, de los cuales el 50% fue en efectivo y el 50% restante en acciones
- d) En el año 2002 se distribuyeron \$6.444.903.339 en efectivo

Con relación a las reservas, estas fueron decretadas en 1998 por valor de \$6.615.536.988, en 1999 por valor de \$12.702.884.762, en el año 2000 por valor de \$1.072.754.006, en el año 2001 por valor de \$3.341.261.979 y en el año 2002 por valor de \$4.026.909.624.

Gráficamente la situación se observa en la Figura 9.

**Figura 9. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos FINAGRO. Período 1998-2002**



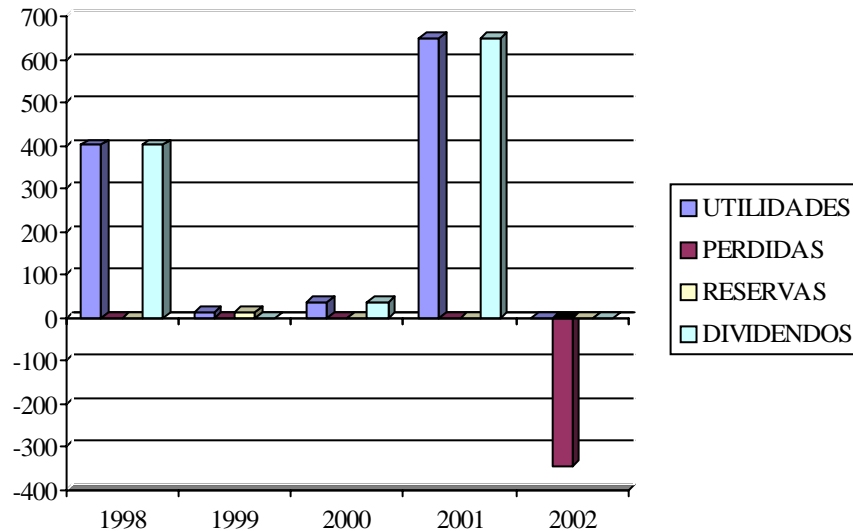
Como podemos observar, el comportamiento de FINAGRO ha sido bastante parecido al comportamiento de la FEN, puesto que en 1998 obtuvo la mayor utilidad, la cual decreció en 1999 y aumentó, pero no a los mismos niveles, en los años 2000 y 2001, para luego volver a decrecer en el año 2002 aunque no a los mismos niveles obtenidos en 1999. Este comportamiento de las utilidades ha sido seguido por los dividendos, puesto que han fluctuado de una manera similar al

comportamiento de las utilidades; mientras que con las reservas el comportamiento ha sido diferente, puesto que aumentaron en 1999 (cuando llegaron a su mayor nivel), disminuyeron en el 2000 y han venido aumentando en los años 2001 y 2002, aunque todavía no han llegado al nivel obtenido en 1999, muy probablemente porque en ese último año no fue decretada la distribución de dividendos.

**16.9.8 Hotel San Diego S.A. Hotel Tequendama.** Esta sociedad de economía mixta generó utilidades los años 1998 a 2001, incurriendo en pérdidas en el año 2002. Con relación a la distribución de dividendos, tenemos que en 1998 fueron pagados por un valor de \$400.704.959.42, en el año 2000 fueron capitalizados por valor de \$35.646.611.50 y pagados por valor de \$40.174.72 para un total de \$35.686.786.22, y en el año 2001 fueron capitalizados por valor de \$651.007.726.89 y pagados por valor de \$88.603.86 para un total de \$651.096.330.75. Por su parte, solamente se decretaron reservas en el año 1999 por un valor de \$14.112.962.30.

Gráficamente la anterior situación se observa en la Figura 10.

**Figura 10. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos Hotel Tequendama. Período 1998-2002**

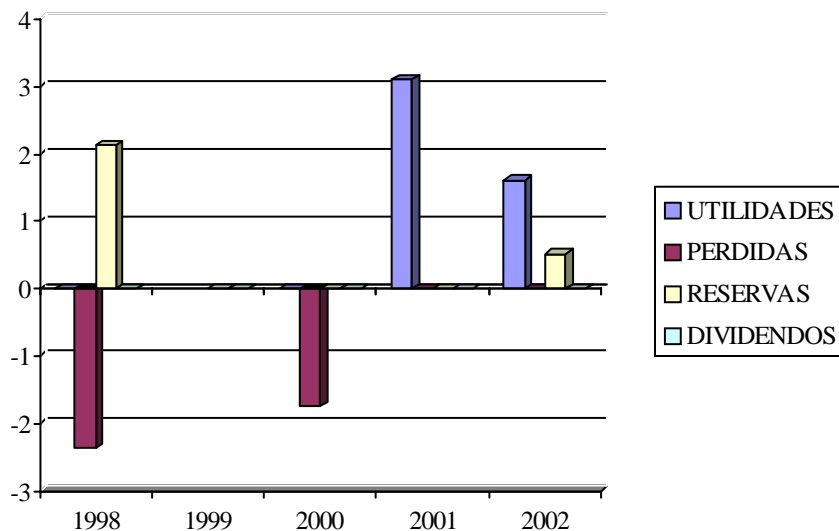


Como podemos apreciar, esta sociedad de economía mixta, en 1998, 2000 y 2001 distribuyó completamente las utilidades que obtuvo, y en 1999 constituyó reserva con la totalidad de utilidades obtenidas en dicho ejercicio. Asimismo, las mayores utilidades, y, por ende, la mayor distribución de dividendos, se obtuvo en el año 2001, aunque la situación cambió abismalmente en el año 2002 puesto que generó unas cuantiosas pérdidas, mas altas que las utilidades obtenidas en 1999 y en el año 2000 sumadas.

**16.9.9 Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A.** Esta sociedad de economía mixta generó pérdidas en los años 1998 y 2000, decretando apropiación de reservas en el primero por valor de \$2.126.894.000.00. La compañía generó utilidades en los años 1999, 2001 y 2002, apropiando reservas en este último año por valor de \$512.187.000.00. En ninguno de los años objeto del presente estudio decretó distribución de utilidades.

Gráficamente la situación anteriormente explicada se observa en la Figura 11.

**Figura 11. Utilidades, pérdidas reservas y dividendos Vecol. Período 1998-2002**



El año en el que esta sociedad de economía mixta obtuvo las mayores utilidades fue en 2001, obteniendo las mayores pérdidas en 1998, aunque las utilidades obtenidas en el 2001 fueron mayores.



## CAPITULO XVII

### 17. CAPITALIZACION DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

#### 17.1 PROCESO DE CAPITALIZACIÓN

El artículo 122<sup>868</sup> del Código de Comercio señala que el capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria, aprobada y formalizada conforme a la Ley.

Si se trata de una sociedad de economía mixta organizada como Limitada, se hará la reforma y aquellos socios (públicos o privados) que hayan aceptado hacer el respectivo aumento deberán pagar íntegramente el capital. Si se ha organizado en forma de sociedad por Acciones, habrá de estarse a los requisitos mínimos previstos en el artículo 377 y siguientes del Código de Comercio entre los cuales se encuentra la autorización de máximo órgano social, la elaboración del reglamento, la oferta y el contrato de suscripción.

Consideramos pertinente que se tengan en cuenta, para el posterior desarrollo de este Capítulo, los comentarios realizados en el Capítulo XVI de esta obra, con respecto al porcentaje de participación tanto de la Nación como de los particulares en las sociedades de economía mixta y sus consecuencias (literales a), b) y c) del subcapítulo 16.1.1.6).

---

<sup>868</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 122. “El capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria, aprobada y formalizada conforme a la ley. Será ineficaz todo aumento de capital que se haga con reavalúo de activos”.

La información suministrada por el Departamento Nacional de Planeación referente a los trámites presupuestales de las sociedades de economía mixta incluye, además de la adición presupuestal, que es una de las formas más sencillas de capitalizarse, temas como el del presupuesto de inversión y el de las modificaciones presupuestales, como se observa a continuación.

### **17.1.1 Anteproyecto de Presupuesto de Inversión.**

17.1.1.1 Características generales del trámite. Mediante este proceso se programa y se aprueba el monto global de presupuesto de gastos y de inversión para la siguiente vigencia fiscal del sector descentralizado, conformado por las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas y las entidades contempladas en el artículo 5° del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el cual señala que las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en cuyo capital la Nación, o sus entidades descentralizadas, posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Para los mismos efectos, las empresas sociales del Estado del orden Nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Este trámite requiere de los siguientes requisitos y documentos:

- a) Anteproyecto de presupuesto de inversión con aprobación de junta directiva. Esto debido a que nadie conoce mejor la compañía, a la que se le va a aprobar el Presupuesto general de gastos de inversión, como ella misma.
- b) Proyección de ingresos y gastos, identificando los supuestos utilizados para tal fin, proyección que deberá ser realizada por la compañía que somete a aprobación su presupuesto general de gastos de inversión, debido a que es ella misma quien sabe en que va a gastar su presupuesto y cuanto recibirá por

concepto del desarrollo de su actividad comercial.

- c) Desagregación del Presupuesto de Inversión en programas y/o proyectos, describiendo los proyectos en los que se va a invertir y respondiendo estas preguntas: ¿En qué se va a invertir?, ¿Para qué se va a invertir?, ¿Por qué se va a invertir?, ¿Cómo se va a invertir? y ¿Dónde se va a invertir?

Este requisito tiene una clara finalidad, y es la posibilidad de control que se pueda llegar a hacer sobre el manejo de recursos económicos de la compañía respectiva, debido a que los recursos de su presupuesto pueden ser mal utilizados y/o mal invertidos, y no lograr el resultado que se espera logren con ellos, es decir, generar pérdidas por realizar una mala planificación de su actividad financiera.

- d) Justificación técnica y económica. Esto es lógico, y está muy ligado al punto anterior, puesto que si no se le ve una mínima viabilidad a los proyectos de inversión de la compañía, es decir, se va a llevar va una mala utilización de los recursos, es mejor no aprobar esa inversión y buscar la optimización de recursos en las actividades comerciales de las respectivas compañías.

Por eso es que, además, se deben señalar cuales son los problemas a resolver y/o los beneficios esperados en cada proyecto en los que la compañía desee invertir o expandir su actividad comercial, y deben presentar estudios técnicos, por ejemplo, de los mercados y de la tecnología en la cual van a invertir. Dicho estudio técnico debe contener el resultado que espera la correspondiente compañía.

- e) Relación con las políticas trazadas en el Plan de Desarrollo, debido a que, como lo mencionamos en el desarrollo del capítulo de las utilidades, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía

mixta pertenecen al sector descentralizado del orden nacional de la Rama Ejecutiva del poder público, es decir, de la Administración Pública y, por ende, deben colaborar para el desarrollo y sostenimiento del Estado Social de Derecho que consagró la Constitución Política de 1991 en nuestro país.

- f) Evaluación financiera de la compañía que solicita la aprobación de su presupuesto general de inversión, y fuentes de financiación de la compañía para llevar a cabo dichas inversiones. Esto no tiene otro sentido diferente que realizar un control sobre la viabilidad económica de la compañía, analizando su situación financiera y revisando si han llevado a cabo sus anteriores inversiones, las que demostrarán sus resultados positivos en la medida en que generen una gran cantidad de recursos propios que le ayudarán a autofinanciar sus proyectos de inversión
  
- g) Monto estimado de ingresos que generará, rentabilidad, costos de ejecución y de sostenibilidad, así como las metas y/o resultados, identificando los indicadores para el seguimiento y evaluación de cada proyecto de inversión.

No tiene lo anterior una justificación distinta a solicitar un estudio acerca de las expectativas que tienen respecto de las inversiones que van a realizar, para que se analice si estas inversiones realmente son viables o no.

- h) Estimación de los flujos de efectivo de cada proyecto, descontándolos al costo de oportunidad del capital determinado por el mercado.
  
- i) Ejecución de los proyectos de inversión y seguimiento de los mismos, lo que debe ser complementado, para mayor claridad, por un cronograma de ejecución de los mismos.
  
- j) Vigencias futuras y el monto requerido, si hay lugar a ello, puesto que, aunque

más adelante se analizará este punto en detalle, no todos los proyectos de inversión que planeen las respectivas compañías requieren de vigencias futuras, puesto que se pueden llevar a cabo en un solo periodo fiscal, es decir, en un solo año.

Como vemos, este requisito de las vigencias futuras es una muestra más de la influencia que tiene la Nación en el presupuesto de las compañías, debido a que hacen parte del sector descentralizado del orden nacional de la Administración Pública.

- k) Informe de ejecución presupuestal de ingresos y gastos con corte al mes anterior de presentación del anteproyecto. Esto para constatar la forma como se han llevado a cabo los gastos de inversión y la cantidad de recursos que ha generado la compañía, con el fin de valorar la viabilidad de los nuevos proyectos de inversión y su rentabilidad al ser llevados a cabo.

17.1.1.2 Principales normas que regulan éste trámite. Las principales normas que regulan el presente trámite son el Decreto-Ley 111 de 1996 en su artículo 3, el Decreto 115 de 1996 en sus artículos 1, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 32, y el Decreto 353 de 1998 en su artículo 1, normas que transcribiremos a continuación:

- a) Artículo 3 del Decreto-Ley 111 de 1996

*Artículo 3°. Cobertura del Estatuto. Consta de dos (2) niveles: Un primer nivel que corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los Establecimientos Públicos del Orden Nacional y el Presupuesto Nacional.*

*El Presupuesto Nacional comprende las Ramas Legislativa y Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Organización Electoral, y la Rama Ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.*

*Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga.*

*A las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas se les aplicarán las normas que expresamente las mencione (Ley 38 de 1989, artículo 2°, Ley 179 de 1994, artículo 1°).*

Como vemos, el Estatuto Orgánico del Presupuesto ubica a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en el segundo nivel. Esto quiere decir, a nuestro modo de ver, que estas compañías, aunque hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, su presupuesto no hace parte del presupuesto de la Nación, y los recursos que hacen parte de ese presupuesto son los que fueron consignados por las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, por concepto de las utilidades o excedentes financieros, según el caso, que debe ordenar el CONPES, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 630 de 1996.

Acá nos encontramos con que la norma usa el término “excedentes financieros” para referirse tanto a los excedentes financieros, los cuales son generados por las empresas industriales y comerciales del Estado, y a las utilidades, las cuales son generadas por las empresas industriales y comerciales del Estado Societarias y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas.

Tenemos que señalar, entonces, que el término “con el régimen de aquellas” utilizado en el inciso final de la norma anteriormente transcrita, se puede referir a: sociedades de economía mixta con participación estatal mayor al 90 por ciento, empresas industriales y comerciales Mixtas del Estado o al carácter Societario que

pueden tener ambas compañías.

Consideramos que, aunque la primera hipótesis puede llegar a ser acertada, lo más correcto es que se hubiese utilizado el término “excedentes financieros” para referirse a las empresas industriales y comerciales del Estado no Societarias, y el término “utilidades” para las empresas industriales y comerciales del Estado Societarias y las sociedades de economía mixta<sup>869</sup>.

Por eso, debió, en ésta norma, haberse desagregado ese concepto, aclarando si solamente producen excedentes financieros o, por el contrario, producen tanto excedentes financieros como utilidades, puesto que puede llevar, en la forma en que está redactada, a tomar uno de los dos caminos ya señalados.

Por otra parte, debemos dejar claro, para efectos del desarrollo de este tema, lo siguiente: una cosa es el presupuesto que debe ser aprobado por el CONFIS para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, y otra cosa muy distinta son los recursos de la Nación asignados a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, recursos que se deberán regir conforme a lo establecido por cada Ley Anual de Presupuesto<sup>870</sup>, puesto que estos recursos asignados por la Nación y que van a ser transferidos a las propias sociedades, deberán estar contenidos en el presupuesto aprobado por el CONFIS para cada sociedad.

---

<sup>869</sup> No olvidemos que el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996) distingue entre excedentes financieros y utilidades, señalando que los excedentes financieros los producen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no Societarias, y las utilidades son generadas por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado Societarias y las Sociedades de economía mixta del orden Nacional. Así mismo, y como quedó explicado en el Capítulo VII de esta obra, las utilidades generadas por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y la proporción de utilidades que pertenece a la Nación por su participación en el capital de las Sociedades de economía mixta, tienen el trato de excedentes financieros en cuanto a su destinación, distribución y aprobación.

<sup>870</sup> Para hacernos a una idea más clara sobre lo anterior, podemos mirar, a título de ejemplo, los artículos 4°, 28, 31, 34 y 58 de la Ley 547 de 1999, disposiciones que se repiten, no con la misma numeración, en la Ley 628 de 2000 y en la Ley 714 de 2001, Leyes Anuales de Presupuesto.

b) Artículo 1° del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 1. El presente Decreto se aplica a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas, del orden nacional dedicadas a actividades no financieras, y a aquellas entidades del orden nacional que la Ley les establezca para efectos presupuestales el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado. En adelante se denominarán empresas en este Decreto.*

Como vemos, el Decreto en mención deja por fuera de su campo de aplicación a las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras y a las sociedades de economía mixta que no sean del orden Nacional.

Por consiguiente, podemos preguntarnos: ¿qué pasa con las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras? El inciso 3° del artículo 96 del Decreto-Ley 111 de 1996 señala que:

*El Ministro de Hacienda establecerá las directrices y controles que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras deben cumplir en la elaboración, aprobación, conformación y ejecución de sus presupuestos, esta función podrá ser delegada en el Superintendente Bancario (Ley 179 de 1994, artículo 43).*

En cumplimiento de lo anterior, el Ministro de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución número 2416 de 1997. Esta Resolución, a grosso modo, faculta a la Junta Directiva u órgano competente de la respectiva compañía para que, luego de ser presentado por los Presidentes, Gerentes o Directores de la respectiva compañía, el proyecto de presupuesto de ingresos y de gastos antes del 31 de octubre, apruebe ese presupuesto antes del 31 de diciembre de cada año.

Como vemos, es un presupuesto autónomo, como en el caso de las sociedades



de economía mixta a las que se les aplique el artículo 466 del Código de Comercio, y estas compañías dedicadas a actividades financieras no requieren, en ningún momento, de la participación del CONFIS, Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como Dirección General de Presupuesto y Dirección del Tesoro Nacional, para la confección y la aprobación de su presupuesto anual.

Sin embargo, consideramos, por el vacío legal que existe, que en el caso de una capitalización por parte de recursos de la Nación, esos recursos deben ser aprobados por Ley, bien sea la Ley Anual de Presupuesto o una que la modifique, adicione o reforme, necesitando los trámites ordinarios de cualquier sociedad de economía mixta del orden Nacional para llevar a cabo un proceso de capitalización.

Frente a las sociedades de economía mixta que no sean del orden Nacional, consideramos que se les aplicarán las normas tanto de su constitución como las del órgano en cargo de legislar en el respectivo orden territorial, bien sea la Asamblea Departamental<sup>871</sup> o el Concejo Municipal<sup>872</sup> respectivo<sup>873</sup>.

c) Artículo 12 del Decreto 115 de 1996

*Artículo 12. El presupuesto de ingresos comprende la disponibilidad inicial, los ingresos corrientes que se esperan recaudar durante la vigencia fiscal y los recursos de capital.*

*El presupuesto de las empresas podrá incluir la totalidad de los cupos de endeudamiento autorizados por el Gobierno.*

---

<sup>871</sup> Ver el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución Política de Colombia

<sup>872</sup> Ver el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>873</sup> Aunque en esta obra solamente nos hemos referido (y nos referiremos) a las Sociedades de economía mixta del orden Nacional, y por esta razón no ahondaremos en dicho tema.

Como podemos ir deduciendo, el presupuesto de las sociedades de economía mixta, al igual que el Presupuesto en general de todas las entidades públicas, se puede dividir en presupuesto de ingresos y presupuesto de gastos.

Este artículo, que trata de los recursos que conforman el presupuesto de ingresos, resalta el carácter de organismo del Estado que tienen tanto las empresas industriales y comerciales del Estado como, en menor medida pero no por eso no se deben sujetar a esas normas, las sociedades de economía mixta, principalmente en el tema de la disponibilidad inicial y los cupos de endeudamiento, los cuales siempre tendrán la previa autorización del Gobierno Nacional.

En cuanto a los ingresos de capital, estos han sido conceptualizados por la Corte Constitucional como “*rentas o recursos de que dispone o puede disponer regularmente el Estado para atender los gastos que demandan la ejecución de sus cometidos*”<sup>874</sup>. Se infiere, entonces, que los ingresos corrientes de las sociedades de economía mixta serán las rentas o recursos de que dispone o puede disponer regularmente la sociedad para atender los gastos que demandan la ejecución de sus cometidos, siendo parte de su presupuesto de inversión los ingresos corrientes que esperará recaudar cada sociedad durante el año para el cual se busca aprobar dicho presupuesto o que son transferidos por el Estado para lograr los fines de éste mediante las sociedades de economía mixta.

Los recursos de capital, por su parte, comprenden todos los recursos del crédito externo e interno con vencimiento mayor de un año, los recursos del balance, el diferencial cambiario, los rendimientos por operaciones financieras y las donaciones.

---

<sup>874</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-308 de julio 7 de 1994.

d) Artículo 13 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 13. El presupuesto de gastos comprende las apropiaciones para gastos de funcionamiento, gastos de operación comercial, servicio de la deuda y gastos de inversión que se causen durante la vigencia fiscal respectiva.*

*La causación del gasto debe contar con la apropiación presupuestal correspondiente, así su pago se efectúe en la siguiente vigencia fiscal. El pago deberá incluirse en el presupuesto del año siguiente como una cuenta por pagar.*

Como ya lo veníamos mencionando, el presupuesto de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden Nacional, dedicadas o no a actividades financieras, y en general de todas las entidades públicas, se conforma por una parte denominada ingresos (explicada anteriormente) y otra parte, que regula el presente artículo, denominada presupuesto de gastos.

Ese presupuesto de gastos está conformado por apropiaciones para los gastos señalados en el inciso primero del presente artículo, lo que no es nada contrario a esperar, tanto recursos y decisiones de las propias compañías, como recursos de la Nación, para llevar a cabo sus actividades económicas y comerciales.

Lo que debe llamar poderosamente nuestra atención es lo dispuesto por el inciso segundo de éste artículo, puesto que consagra algo que no es distinto a una disponibilidad futura de recursos de gasto en su patrimonio, es decir, una vigencia futura.

Frente a las empresas industriales y comerciales del Estado Societarias es clarísimo que requieren vigencias futuras, puesto que su patrimonio es 100 por ciento Estatal. Pero, ¿por qué serían (o son) necesarias las vigencias futuras en las sociedades de economía mixta?.

Descartando las varias opciones que pueden ser respuesta a lo anterior, opciones que ya fueron explicadas en este capítulo, tenemos que concluir que la necesidad de vigencias futuras busca una mejor planeación presupuestal, pero, más aún, busca que su presupuesto y los rubros de éste sean similares a los de cualquier entidad Estatal, debido a que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, y siendo una norma que acentúa el carácter público que tienen las sociedades de economía mixta. Entonces, tenemos como las sociedades de economía mixta deben, en el caso de gastos o pagos que comiencen en una determinada vigencia fiscal y termine en otra distinta, solicitar vigencias futuras, o por lo menos programarlas, y dichas vigencias futuras deben de ser incluidas en el presupuesto del siguiente año como una cuenta por pagar.

e) Artículo 14 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 14. En el presupuesto de gastos solo se podrán incluir apropiaciones que correspondan a:*

- a) Créditos judicialmente reconocidos;*
- b) Gastos decretados conforme a la Ley anterior;*
- c) Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y*
- d) Las normas que organizan las empresas.*

Vemos como este artículo vuelve a regular el tema de las vigencias futuras en las empresas industriales y comerciales del Estado Societarias y las sociedades de economía mixta, puesto que los créditos judicialmente reconocidos y los gastos decretados por la Ley anterior son o deben tener el trato de vigencias futuras (a no ser que exista un rubro específico en el presupuesto de la respectiva entidad que atienda dicha necesidad de gasto).

Aparte de lo anterior, consideramos que este artículo es demasiado contradictorio,

puesto que es gracioso que haya una lista de restricciones a las apropiaciones que se pueden incluir en el presupuesto de gastos, para luego señalar que una de esas apropiaciones son las que corresponden a las normas que organizan a las empresas industriales y comerciales del Estado Societarias y las sociedades de economía mixta.

Si se buscaba un recorte del presupuesto de gastos, o por lo menos su limitación, ese fue un objetivo que no se logró, puesto que lo establecido en el literal c), en principio, se podría pensar que debió ser tenido en cuenta al momento de constituir la sociedad de economía mixta, puesto que uno de sus socios es la Nación, y, por ende, los planes y políticas de ésta, que no son distintas a desarrollar, complementar y llevar a cabo el Estado como un Estado Social de Derecho, se supone que deberían ser llevados a cabo por una entidad en donde, tanto los particulares como la Nación, los desarrollan como actividad comercial, o complemento de ella, y por lo tanto deberían realizarse con una mayor eficiencia.

Por eso es que creemos que sería mejor que el literal c) y d) fuesen fusionados, puesto que, así se esté frente a lo dispuesto por el artículo 466 del Código de Comercio, siempre la sociedad de economía mixta tendrá participación de los particulares y de la Nación y, por ello, deberá desarrollar planes y programas que conlleven al perfeccionamiento (o por lo menos aplicación real) del Estado Social de Derecho en nuestro país.

f) Artículo 15 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 15. La disponibilidad final corresponde a la diferencia existente entre el presupuesto de ingresos y el presupuesto de gastos.*

Ese artículo nos indica que, luego de tener el presupuesto de ingresos y el presupuesto de gastos, estos se comparan para saber si se tienen más ingresos

que gastos o, por el contrario, más gastos que ingresos, y así saber de cuanto puedo disponer de mi presupuesto o en cuanto debo financiarlo para lograr mis metas presupuestadas.

Por obvias razones, si se tienen más gastos que ingresos, los primeros deberán ser recortados conforme a lo ordenado por el inciso 2º del artículo 19 del mismo Decreto.

Pero, si se tienen más ingresos que gastos, ¿qué deberán hacer las sociedades de economía mixta?.

Hay dos opciones: la primera es crear una reserva presupuestal con esos ingresos, es decir, darles el trato de las vigencias futuras pero sin ser cuentas por pagar. La otra opción es aumentar sus gastos de inversión para aumentar o expandir su actividad comercial.

Como vemos, la más lógica es convertirlas en reservas presupuestales para ser tenidas en cuenta como parte del presupuesto del año siguiente. Sin embargo, no sería nada descabellado usarlas para aumentar su campo de acción comercial, aunque eso podría llegar a generar un hueco fiscal en el siguiente año si no se obtienen los ingresos para seguir cubriendo esos gastos de inversión.

g) Artículo 16 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 16. Las empresas enviarán a la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y al Departamento Nacional de Planeación el anteproyecto de presupuesto antes del 31 de octubre de cada año.*

La disposición de éste artículo no debe pretender nada diferente a darle, al

presupuesto de las sociedades de economía mixta, una similitud con el presupuesto de la Nación, tanto en principios como en gastos, principalmente (por ejemplo, si la Nación tiene una política de austeridad en gastos, pues con mayor razón las sociedades de economía mixta deberán tener en cuenta esa política presupuestal).

Pero, ¿tendrá sentido lo anterior a la luz del artículo 466 del Código de Comercio? Consideramos que no tiene sentido, estando o no frente al artículo citado, puesto que nadie mejor que la propia sociedad de economía mixta para conocer y confeccionar su presupuesto, salvo en el caso de necesitar recursos de la Nación, puesto que ahí sí el Estado, mediante la Dirección General del Presupuesto Nacional, deberá estudiar si eso es viable o no y en que cuantía.

Ahora bien, acordémonos que las sociedades de economía mixta, conforme a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto-Ley 111 de 1996, hace parte del segundo nivel, en el cual se fijan las metas financieras a todo el sector público y se distribuyen las utilidades y los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, según sea el caso. Como para el caso de la distribución de utilidades el proyecto debe ser remitido con un mes de antelación a la fecha de celebración de la junta de socios o asamblea de accionistas, según sea el caso, consideramos que esa disposición del artículo 16 del Decreto 115 de 1996 lo que busca es que el anteproyecto de presupuesto de las sociedades de economía mixta esté hecho, o planeado, de conformidad con las metas financieras de todo el sector público.

h) Artículo 17 del Decreto 115 de 1996

*Artículo 17. La Dirección General del Presupuesto Nacional, previa consulta con el Ministerio respectivo, preparará el presupuesto de ingresos y gastos y sus modificaciones, con base en los anteproyectos presentados por las empresas.*

*Para los gastos de inversión se requiere del concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.*

El artículo, por sí mismo, es muy claro. Solamente cabe hacerse una pregunta: ¿esto se aplica así se este en la situación comprendida en el artículo 466 del Código de Comercio?.

Consideramos que sí se debe cumplir, no importa que la sociedad de economía mixta se encuentre en lo dispuesto por el artículo anteriormente citado del Código de Comercio, debido a que las sociedades de economía mixta hacen parte del sector público, puesto que son entidades descentralizadas, y, por ende, su presupuesto debe ser confeccionado por la Dirección General del Presupuesto Nacional.

No obstante lo anterior, debemos señalar que no estamos de acuerdo con esa disposición, puesto que nadie mejor, por más que le presente su anteproyecto de presupuesto, que las sociedades de economía mixta para saber y conocer las necesidades presupuestales y los recursos que obtiene y que debe invertir para desarrollar su objeto social, y por ende, su actividad comercial. Aunque, para efectos de controlar los gastos desmesurados en las sociedades de economía mixta, hacen bien en solicitar un concepto previo del Ministerio al cual estén vinculadas las respectivas sociedades.

i) Artículo 18 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 18. La Dirección General del Presupuesto Nacional presentará al Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, el proyecto de presupuesto de ingresos y gastos y sus modificaciones.*

*El CONFIS o quien éste delegue, aprobará por resolución el presupuesto y sus modificaciones.*



Como vemos, el CONFIS, que es un órgano consultor del Estado al igual que el CONPES, y no la propia sociedad de economía mixta, es quien debe aprobar el presupuesto de ingresos y gastos de las sociedades de economía mixta del orden Nacional y que no se dediquen a actividades financieras, bien sea que se presente, por parte de la Dirección General del Presupuesto Nacional, el mismo que presentaron las sociedades o que se haya modificado.

Recordemos que el artículo 17 de la Ley 38 de 1989 señala que *“el Sistema Presupuestal será coordinado por el Consejo Superior de Política Fiscal que para este efecto se crea como organismo de dirección, coordinación y seguimiento del sistema presupuestal, dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y será responsable ante el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, del cumplimiento de sus decisiones en materia fiscal”*.

De acuerdo con el artículo 18 de la misma Ley, el cual fue modificado por el artículo 11 de la Ley 174 de 1994<sup>875</sup>, el CONFIS está integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público quien lo presidirá, el Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, el Consejero Económico de la Presidencia de la República o quien haga sus veces, los Viceministros de Hacienda, los Directores Generales de Presupuesto Nacional, Crédito Público, Impuestos y Aduanas, y del Tesoro.

---

<sup>875</sup> El artículo original señalaba que el CONFIS estará integrado por *“el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien lo presidirá, dos Ministros designados por el Presidente de la República, el Jefe del Departamento Nacional de Planeación y el Secretario Económico de la Presidencia de la República”*. Además, *“contará con dos asesores de tiempo completo designados por el Presidente de la República, los cuales serán expertos de amplia preparación en el área económica y de reconocida experiencia en el manejo de finanzas públicas. Los gastos que demande el funcionamiento de este Consejo podrán ser atendidos por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o por sus entidades adscritas o vinculadas”* y *“la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público desempeñará las funciones de Secretaría Ejecutiva del Consejo Superior de Política Fiscal”*

Sus funciones, de acuerdo con el artículo 17 anteriormente citado, el cual fue modificado por el artículo 10 de la Ley 174 de 1994, son las siguientes<sup>876</sup>:

- 1. Aprobar, modificar y evaluar el Plan Financiero del sector Público, previa su presentación al CONPES y ordenar las medidas para su estricto cumplimiento;*
- 2. Analizar y conceptuar sobre las implicaciones fiscales del Plan Operativo Anual de Inversiones previa presentación al CONPES;*
- 3. Determinar las metas financieras para la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja del Sector Público;*
- 4. Aprobar y modificar, mediante resolución, los presupuestos de ingresos y gastos de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquella dedicadas a actividades no financieras, previas consultas con el Ministerio respectivo.*
- 5. Las demás que establezcan la Ley orgánica de Presupuesto, sus reglamentos o las leyes anuales de presupuesto.*

*El Gobierno Nacional reglamentará los aspectos necesarios para desarrollar estas funciones y lo relacionado con su funcionamiento. En todo caso, estas funciones podrán ser delegadas. La Dirección General del Presupuesto Nacional ejercerá las funciones de Secretaría ejecutiva de este Consejo".*

Nos encontramos con que las funciones del CONFIS no se limitan a las ya mencionadas, sino, además, a las que se establezcan en sus reglamentos o en las

---

<sup>876</sup> El artículo original señalaba las siguientes funciones:

- a) Someter, por intermedio del Departamento Nacional de Planeación, a estudio y aprobación del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, el Plan Financiero del Sector Público y ordenar las medidas para su estricto cumplimiento;*
- b) Aprobar el Programa Anual Mensualizado de Caja del Sector Público, así como las modificaciones al mismo;*
- c) Aprobar el Acuerdo de Gastos, con la periodicidad que fijen los reglamentos, e informar del mismo al Consejo de Ministros;*
- d) Rendir concepto para la aprobación, mediante decreto del Gobierno Nacional, de los presupuestos de ingresos y gastos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y las entidades privadas que administren fondos públicos del orden nacional;*
- e) Realizar el seguimiento de la ejecución del presupuesto de las entidades indicadas en el literal precedente;*
- f) Solicitar, con la periodicidad que fijen los reglamentos, los estudios necesarios para realizar las anteriores funciones y proponer las acciones administrativas correspondientes;*
- g) Realizar el seguimiento del programa de desembolsos de crédito externo del sector público, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES;*
- h) Unificar los diversos sistemas de información fiscal para facilitar el seguimiento y evaluación de la ejecución del Plan Financiero del Sector Público;*
- i) Las demás que establezca este Estatuto, sus reglamentos o las leyes anuales de presupuesto.*

leyes anuales de presupuesto, con lo que se le confiere un poder que, a nuestro entender, es demasiado amplio.

Es así como nos encontramos con que la Ley 88 de 1993, en su artículo 70, señala que

*“El Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS-, determinará cuáles empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas, o fondos públicos nacionales administrados por entidades privadas, deberán someter sus respectivos presupuestos a la aprobación por decreto del Gobierno Nacional”. Igualmente, “Las modificaciones a los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas, se harán por resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General del Presupuesto Nacional”.*

Como vemos, en esa Ley anual de presupuesto se permitió que el CONFIS señalara cuales sociedades de economía mixta sí deberían someter la aprobación de su presupuesto al concepto del CONFIS y al Decreto del Gobierno Nacional, o, en su defecto, de la Dirección General del Presupuesto Nacional.

Sin embargo, con la modificación introducida por la Ley 174 de 1994 en su artículo 10°, se descentraliza esa función de aprobación del presupuesto de las sociedades de economía mixta, quedando como obligación para el CONFIS el aprobar los presupuestos de **todas** las sociedades de economía mixta, puesto que las normas que regulan este asunto no discriminan si es a algunas o todas y, por ende, debemos entender que es una disposición general.

Ahora bien, ¿cuál es el órgano al que el CONFIS le delega la aprobación, mediante resolución, del presupuesto, y sus modificaciones, de las sociedades de economía mixta?.

Creemos que ese órgano delegado debe de ser un órgano de la misma clase que el CONFIS, es decir, un órgano consultor del Estado. Por esta razón, en principio

podríamos señalar al CONPES como el delegado del CONFIS, debido a que éste último es el responsable del cumplimiento de las decisiones del CONPES en materia fiscal. Sin embargo, sus funciones están muy ligadas con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ya que depende de él, y más específicamente con la Dirección General del Presupuesto Público, quien actúa como su Secretaria Ejecutiva, por lo que el Ministerio de Hacienda, bien como tal o mediante la Dirección General del Presupuesto Público, podría ser la delegada por el CONFIS para aprobar el presupuesto de las sociedades de economía mixta que se dediquen a actividades no financieras y que sean del orden Nacional.

j) Artículo 19 del Decreto 115 de 1996

*Artículo 19. La responsabilidad de la desagregación del presupuesto de ingresos y gastos, conforme a las cuantías aprobadas por el CONFIS o quien éste delegue, será de los gerentes, presidentes o directores, quienes presentarán un informe de la desagregación a la Junta o Consejo Directivo, para sus observaciones, modificaciones y refrendación mediante resolución o acuerdo, antes del 1 de febrero de cada año.*

*En la distribución se dará prioridad a los sueldos de personal, prestaciones sociales, servicios públicos, seguros, mantenimiento, sentencias, pensiones y transferencias asociadas a la nómina.*

*La ejecución del presupuesto podrá iniciarse con la desagregación efectuada por los gerentes, presidentes o directores de las empresas. El presupuesto distribuido se remitirá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General del Presupuesto y al Departamento Nacional de Planeación a más tardar el 15 de febrero de cada año.*

La disposición contenida en el inciso 1º de éste artículo podría ser denominada como “la vuelta completa”, puesto que el presupuesto a desagregar es el que aprueba el CONFIS o su delegada de los proyecto que, con o sin variaciones, fueron presentados por las propias sociedades a la Dirección General del Presupuesto Nacional. Pues bien, eso no es más que aplicación de lógica común y darle libertad a la sociedad de aplicar sus propias normas, siempre y cuando se den prioridad a los sectores que se establecen el inciso 2º del mismo artículo.

Surge, de su inciso final, un condicionante, y es que el presupuesto se podrá utilizar solamente luego de haber sido entregada la desagregación a la Dirección General del Presupuesto Nacional, lo cual retarda su ejecución hasta el 15 de febrero de cada vigencia. Consideramos que se debería dar un menor tiempo a ese condicionamiento, puesto que, en muchos casos, la falta de recursos, bien sean propios, reservados o transferidos, pueden lograr un endeudamiento alto, que generaría la desatención de los sectores señalados en su inciso 2°. Por eso es que, ante las actuales circunstancias, se debe planificar esos rubros de deuda o una partida presupuestal en el presupuesto de la vigencia finalizada para atender las necesidades que surjan mientras se desagrega y se presenta el presupuesto a la Dirección General del Presupuesto Nacional en cada vigencia.

k) Artículo 32 del Decreto 115 de 1996

*Artículo 32. Las empresas enviarán a la Dirección General del Presupuesto Nacional y a la Unidad de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación toda la información que sea necesaria para la programación, ejecución y seguimiento financiero de sus presupuestos, con la periodicidad y el detalle que determinen a este respecto.*

Como se puede apreciar, este artículo consagra un mecanismo para facilitar el control de gastos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, así como facilitar el estudio y evaluación, al final de cada vigencia, de cómo se aplicaron las políticas públicas en cada sociedad, y para hacerse a una idea de cómo va a ser el presupuesto de ingresos y gastos de la siguiente vigencia.

Nos parece que dicha información debería ser remitida también a la Contraloría General de la República, para hacer un mejor control fiscal sobre el presupuesto

de las sociedades que sean de la Nación o que posean una participación de la Nación en su capital y ejecuten recursos públicos.

l) Artículo 1° del Decreto 353 de 1998.

*Artículo 1°. Adicionar al artículo 17 del Decreto 115 del 15 de enero de 1996 el siguiente inciso:*

*“El concepto del Departamento Nacional de Planeación para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras, se emitirá en forma global y en ningún caso a nivel de proyectos de inversión.”*

Este artículo elimina la restricción del Departamento Nacional de Planeación frente al concepto que debía emitir frente a los gastos de inversión de las sociedades de economía mixta. Ahora, el Departamento Nacional de Planeación, de acuerdo con éste artículo, debe dar concepto favorable de cualquier tipo de gasto que vayan a realizar las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Consideramos que esa disposición es excesiva frente a las sociedades de economía mixta, puesto que creemos que con el visto bueno de los gastos de inversión, que pueden llegar a ser los de más riesgo, era suficiente, debido a que ese tipo de riesgos son los que la sociedad debe estar dispuesta a correr, para buscar mayores utilidades y ser más atractiva para la inversión privada. Entonces, tenemos que para realizar cualquier tipo de gasto (desde sueldos y contratación de personal hasta gastos para desarrollar su objeto social o su actividad comercial o incluso nuevas inversiones) deben ser aprobados previamente por el Departamento Nacional de Planeación.

**17.1.2 Solicitud de modificaciones presupuestales por parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.** El término “modificaciones presupuestales”, como su nombre lo indica, se refiere a

las actuaciones presupuestales, por parte de la Nación, para capitalizar las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden Nacional, cuando el CONFIS ya ha aprobado su presupuesto, y bien sea que éste se esté desagregando o ejecutando.

Tenemos, dentro de los trámites de modificaciones presupuestales, que pueden consistir en adiciones presupuestales, reducciones presupuestales, traslados presupuestales, vigencias futuras y liquidación de excedentes financieros y utilidades, según sea el caso. A continuación procederemos a explicar en detalle cada uno de los posibles trámites de modificaciones presupuestales.

#### 17.1.2.1 Solicitud de Adición Presupuestal.

a) Características generales del trámite. Al presente trámite de capitalización se deberá recurrir cuando una empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta requiere incorporar nuevos recursos en su presupuesto proveniente de mayores recaudos en sus ingresos corrientes, en sus recursos de capital o en los aportes de la Nación.

La modificación al valor total de los gastos que se vayan a financiar con la respectiva adición presupuestal deberá ser solicitada, por la sociedad, ante el Departamento Nacional de Planeación y, en menor medida, la Dirección General del Presupuesto Nacional, aunque en algunos casos deberá ser aprobada por el CONFIS, principalmente cuando compromete vigencias futuras. En el transcurso de la vigencia, las adiciones permiten financiar nuevos proyectos o incrementar la apropiación de los mismos.

Este trámite requiere de los siguientes requisitos y documentos para ser llevado a cabo:

- 1) Carta de solicitud que contenga las fuentes (ingresos) y las aplicaciones (gastos) de los recursos por proyecto firmada por el Jefe de Planeación o el

Representante Legal.

Hay claridad frente a quien debe firmar la carta con la solicitud de adición presupuestal, y que debe ser solicitada por la propia sociedad, pero ¿quién debe recibir y darle trámite a dicha solicitud?. Tenemos, para resolver esa inquietud, que señalar que las normas que regulan el trámite de ésta solicitud no son claras al respecto, podríamos concluir que las adiciones son consecuencia del trámite normal de adiciones presupuestales que realiza el Estado para aumentar su presupuesto, solamente que se transfieren a las sociedades conforme sus necesidades.

Por analogía podemos aplicar la disposición contenida en el artículo 23 inciso final y en el artículo 24 del Decreto 115 de 1996, con lo que podemos concluir que la solicitud se deberá hacer ante el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General del Presupuesto Nacional, en el caso en que se modifique el valor total de los gastos de la sociedad.

- 2) Justificación económica la cual debe señalar los costos y características del gasto necesario para atender las obras o actividades propuestas.

¿Cuál podrá ser el fin de este requisito? No puede ser otro distinto a constatar la viabilidad real del proyecto en el cual se piensa utilizar el recurso de la adición presupuestal, e incluso, puede llegar a servir para saber si los recursos son suficientes o no (puede ser que soliciten demasiado o soliciten muy poco) y para realizar un mejor control de la inversión.

- 3) Descripción de las fuentes de financiación. Las fuentes de financiación, como ya sabemos, son los recursos propios, los ingresos corrientes, los recursos de capital y los transferidos por la Nación. Sin embargo, como es una adición presupuestal, el recurso no podrá ser otro que los transferidos por la Nación.



Por eso es que puede llegar a sonar un poco ilógico que se solicite la descripción de las fuentes de financiación de los gastos en los que se va a invertir los recursos adicionados a su presupuesto, a no ser que las inversiones vayan a ser financiadas tanto con recursos que ya tenía como con recursos nuevos o que al principio se financie con recursos nuevos y el resto se financie con recursos propios, obtenidos con las ganancias de la inversión.

- 4) Concepto técnico económico del Ministerio respectivo. Consideramos que este requisito es sumamente necesario, puesto que el Ministerio al cual esté vinculada la sociedad puede llegar a tener un conocimiento a fondo de las necesidades presupuestales y de la viabilidad de las inversiones en las que se piensan utilizar los recursos adicionados.

Podría llegar a pensarse que acá faltaría el concepto técnico económico de la sociedad que solicita la adición presupuestal. Sin embargo, este no es necesario puesto que los tres requisitos anteriores se pueden considerar como el concepto técnico de la respectiva sociedad, aunque si debería darlo como tal.

- b) Principales normas que regulan este trámite. Las normas que regulan el presente trámite son el Decreto 115 de 1996 en sus artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 27, que a continuación se transcriben:

- 1) Artículo 21 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 21. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con los certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*

*Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que*

*haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.*

*En consecuencia, no se podrán contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, o quien éste delegue. El funcionario que lo haga responderá personal y pecuniariamente de las obligaciones que se originen.*

De acuerdo con el inciso 1°, las erogaciones, en forma de actos administrativos, que se realicen con base en adiciones presupuestales solamente se deberá realizar cuando ya se tengan los recursos, lo que ocurrirá con la aprobación de la Ley de adiciones presupuestales de la correspondiente vigencia.

Consideramos que este inciso es bastante desacertado frente a las sociedades de economía mixta, puesto que, aunque hacen parte de las entidades descentralizadas, su objeto social, es decir, sus actividades de naturaleza industrial o comercial se desarrollan conforme a las reglas de derecho privado. Por esta razón, las erogaciones que las sociedades de economía mixta realicen con los recursos provenientes de adiciones presupuestales, no serán realizados por actos administrativos, sino conforme a las normas de derecho privado, y esa es la razón por la cual se podría llegar a pensar que el inciso 1° de este artículo no se aplicaría para dichas sociedades.

Pero esa conclusión no podría ser correcta de ninguna forma, puesto que el artículo 1° del Decreto 115 de 1996 es claro en señalar que las normas de dicho Decreto también se aplicarán a las sociedades de economía mixta, por lo que, en consecuencia, se debe entender que ese inciso 1° sí se aplica a las sociedades de economía mixta y no únicamente a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por otra parte, el inciso 2° es una disposición que no tiene otro fin que el control sobre esos recursos que se adicionan al presupuesto de las compañías, máxime cuando el registro presupuestal es un requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos (que en el caso de las sociedades de economía mixta serán contratos de derecho privado), aunque no hay mucha claridad sobre el término “prestaciones” utilizado. Consideramos que ese término se refiere a los compromisos adquiridos por las compañías, es decir, en lo que se vaya a invertir los recursos que adicionan el patrimonio.

Esta es la razón por la cual el inciso 3° de éste artículo señala cuando no se puede disponer o utilizar los recursos que provienen de apropiaciones presupuestales. Cabe destacar el previo concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometer recursos antes del perfeccionamiento de los contratos que comprometen los recursos adicionados (debido a que sus funciones se relacionan con este tema, puesto que debe participar en la fijación de la política de endeudamiento público y expedir las autorizaciones correspondientes, de acuerdo con normas vigentes. Asimismo, debe encargarse de la consecución de los recursos de capital para la Nación y su eficiente administración; además, cumplir oportunamente con su pago y velar por la sostenibilidad de la deuda y la contención de su riesgo) y la autorización del CONFIS, o de su delegado, cuando se vaya a comprometer vigencias futuras (dada su calidad de organismo de dirección, coordinación y seguimiento del sistema presupuestal).

El funcionario que no actúe, en el caso de comprometer o utilizar recursos provenientes de adiciones presupuestales, conforme a lo ordenado por éste artículo, y en especial por el inciso 3°, deberá responder personal y pecuniariamente de las obligaciones que se originen por la utilización de dichos recursos. Para responder por estos recursos, quien deberá investigar y hacer el respectivo proceso para constatar si se violó lo ordenado por el presente artículo

será la Contraloría General de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 267 y 268 de la Constitución Política de 1991; y la responsabilidad personal estará en cabeza, para su investigación y eventual imposición de una sanción, de la Fiscalía General de la Nación y, en mayor medida, de la Procuraduría General de la Nación.

2) Artículo 22 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 22. No se podrá tramitar o legalizar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. Los ordenadores de gastos responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma.*

Mientras lo dispuesto por el artículo 21 del presente Decreto es predicable únicamente para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, éste artículo consagra lo mismo pero en cabeza de los funcionarios que deban controlar las actuaciones de las compañías que utilicen recursos provenientes de adiciones presupuestales. En este artículo sí se incluye textualmente a las sociedades de economía mixta, puesto que se habla de “actos administrativos”, los cuales se predicarían de empresas industriales y comerciales del Estado, y de “obligaciones”, las cuales, por lo explicado frente al inciso 1° del artículo 21 del mismo Decreto, se predicen tanto de las empresas industriales y comerciales del Estado como de las sociedades de economía mixta.

Asimismo, podemos observar como se vuelve a consagrar una sanción para quien no observe o no de cumplimiento a los requisitos que el artículo 21 y el presente artículo del Decreto 115 de 1996 disponen frente a la utilización de los recursos provenientes de adiciones presupuestales. Esta responsabilidad tiene una diferencia frente a la consagrada por el inciso final del artículo 21, puesto que la responsabilidad consagrada en el artículo en comento sí es clara en señalar

cuales son las entidades que deben llevar la investigación e imponer una eventual sanción a los ordenadores del gasto, que son exactamente las mismas que eventualmente deben actuar en el artículo 21.

3) Artículo 23 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 23. El detalle de las apropiaciones podrá modificarse, mediante Acuerdo o Resolución de las Juntas o Consejos Directivos, siempre que no se modifique en cada caso el valor total de los gastos de funcionamiento, gastos de operación comercial, servicio de la deuda y gastos de inversión.*

*Una vez aprobada la modificación, deberá reportarse en los diez (10) días siguientes a la Dirección General del Presupuesto Nacional y al Departamento Nacional de Planeación.*

Consideramos que lo dispuesto en el presente artículo es especialmente valioso y útil para las sociedades de economía mixta, aunque también puede ser aplicado y utilizado por las empresas industriales y comerciales del Estado.

Puede haber una pregunta acerca de la necesidad de reportar la modificación a las entidades que señala el inciso 2° del presente artículo, pero esto es claro debido al control que se le hacen a estos recursos mediante el registro presupuestal del que trata el inciso 2° del artículo 21 del Decreto 115 de 1996.

4) Artículo 24 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 24. Las adiciones, traslados o reducciones que modifiquen el valor total de los gastos de funcionamiento, gastos de operación comercial, servicio de la deuda y gastos de inversión serán aprobados por el Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, o quien éste delegue. Para estos efectos se requiere del concepto del Ministerio respectivo. Para los gastos de inversión se requiere adicionalmente el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.*

*La Dirección General del Presupuesto Nacional y el Departamento Nacional de Planeación podrán solicitar la información que se requiera para su estudio y evaluación.*

Este artículo, en su inciso 1°, llena el vacío que puede llegar a dejar planteado el artículo anterior. Además, el artículo es claro en señalar que, previa la aprobación del CONFIS, se requiere concepto del Ministerio al cual esté vinculada la empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta que, al utilizar los recursos provenientes de la adición presupuestal, modifique los gastos señalados por el inciso 1° de este artículo. Recordemos que el CONFIS es quien aprueba el presupuesto de ingresos y gastos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Adicionalmente, en el caso de la modificación en el valor total de los gastos de inversión, se requiere, antes de la aprobación del CONFIS, tanto el concepto del Ministerio al cual esté vinculada la empresa o la sociedad, como el concepto previo del Departamento Nacional de Planeación. Este concepto del Departamento Nacional de Planeación, contrario a lo ordenado por el artículo 17 del mismo Decreto, es a nivel de gasto de inversión debido a que se refiere a la Compañía que modifica el valor total de los gastos de inversión, y por esta razón es que requiere de un concepto específico.

Con relación a la disposición prevista por el inciso 2° del presente artículo, es clara frente a la que pueda solicitar el Departamento Nacional de Planeación, pero no es tan clara la razón por la cual sea solicitada por la Dirección General del Presupuesto Nacional, salvo si es para los efectos del registro presupuestal, es decir, para el control de la utilización de dichos recursos y para ir teniendo en cuenta esos montos al confeccionar el proyecto de presupuesto del año siguiente que debe ser aprobado por el CONFIS.

5) Artículo 25 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 25. Las adiciones, traslados o reducciones requerirán del certificado de disponibilidad que garantice la existencia de los recursos, expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces.*

Este artículo complementa al anterior y aclara un poco más el porqué del inciso 2° del artículo 24 cuando se refiere a la Dirección General de Presupuesto. Ahora bien, consideramos que no era necesario crear un nuevo artículo para señalar esto, y que lo dispuesto por el presente artículo, no solo se entiende a la luz de lo dispuesto por el artículo 21 del mismo Decreto, sino que debió ser tratado en el artículo 24.

Cabe una pregunta y es la siguiente: ¿quién podrá ser el que haga las veces del jefe de presupuesto?. Opinamos que el artículo, más que al jefe de presupuesto, se refiere al Director General del Presupuesto Nacional, y, en ese sentido, quien haga sus veces será el Subdirector o el Director Encargado, lo cual es sumamente lógico pero debió ser consagrado para evitar posibles malentendidos.

6) Artículo 26 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 26. Cuando los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación efectúen distribuciones que afecten el presupuesto de las empresas, las juntas o consejos directivos harán los ajustes presupuestales correspondientes sin variar la destinación de los recursos, mediante acuerdo o resolución, los cuales deberán enviarse a la Dirección General del Presupuesto Nacional para su información y seguimiento.*

¿Cuáles son los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación?. Debemos entender por ellos, conforme al artículo 3° y al artículo 47 del Decreto-Ley 111 de 1996, a los Establecimientos Públicos del Orden Nacional y los Establecimientos que requieran de recursos que se le asignen por medio del Presupuesto Nacional.

Para efectos de éste artículo, tenemos que entender que los órganos que pueden efectuar distribuciones que afecten el presupuesto de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta serán los establecimientos públicos que participen en el capital de las respectivas compañías.

Asimismo, volvemos a encontrarnos con una norma que le asigna a la Dirección General del Presupuesto Nacional el control y la vigilancia sobre los recursos que conformen el presupuesto de las compañías que reciben adiciones presupuestales por parte de la Nación.

7) Artículo 27 del Decreto 115 de 1996.

*Artículo 27. Las modificaciones al presupuesto de gastos de inversión que tengan como fuente de financiación recursos del crédito previamente autorizados, no requerirán de un nuevo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación para adelantar los trámites de incorporación al presupuesto.*

Recordemos que el artículo 24 del mismo Decreto señala que las adiciones que modifiquen los gastos de inversión de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta requieren de un concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

Pues bien, podemos ver como, en el caso de que las modificaciones a los gastos de inversión no provengan de recursos de la Nación sino que tengan como fuente de financiamiento recursos obtenidos de créditos previamente autorizados, esas modificaciones, es decir, esas adiciones no requieren del concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación, puesto que la utilización de esos recursos de crédito, como lo señala el inciso 3° del artículo 21 del mismo Decreto, deben obtener previo concepto de la Dirección General de Crédito Público.

17.1.2.2 Solicitud de Reducción Presupuestal.

a) Características generales del trámite. A este trámite se deberá acudir cuando una empresa industrial y comercial del Estado o una sociedad de economía mixta



requiera recortar su presupuesto debido a que las estimaciones de los recaudos de sus ingresos durante la vigencia en curso se prevean menores a los inicialmente presupuestados.

Aunque, como podemos ver, no es en estricto sentido un trámite de capitalización, puesto que no aumenta su capital sino que lo disminuye, sí es importante referirnos al él puesto que, consideramos que, más que hacer una devolución, de lo que se trata es de hacer reservas en el presupuesto de las compañías, para luego ser utilizados esos recursos en el presupuesto de la compañía en el siguiente año, es decir, esos recursos capitalizarán a la compañía en la siguiente vigencia.

Este trámite requiere de los siguientes requisitos y documentos para ser llevado a cabo:

- 1) Carta de solicitud firmada por el Jefe de Planeación o el Representante Legal. Como lo hemos reiterado, estos conceptos provenientes del seno de la compañía que lo solicita son supremamente importantes, puesto que nadie más que ellos conocen la situación actual y real de la compañía, y por ende le pueden dar un mejor uso y destino a dichos recursos.
- 2) Justificación socioeconómica para cada proyecto que contenga el objeto de la reducción en inversión. Esto no es nada distinto a solicitar, a la propia compañía que requiere la reducción presupuestal, la explicación, con base en los hechos tanto económicos como sociales que justifican la solicitud de reducción, de la necesidad de reservar esos recursos para luego ser utilizados, es decir, capitalizarlos, en la siguiente vigencia.
- 3) Proyección de los ingresos para el período que se afectará. Como vemos, no es nada diferente a continuar con la explicación de la necesidad de la

reducción en su compañía, pero acá se solicita, para efectos de control, que se informe al menos de un estimado de lo que se pretendía recaudar y lo que ahora se piensa que se va a recaudar, monto último que se deberá reservar y puede ser utilizado en la siguiente vigencia.

4) Concepto técnico económico del Ministerio respectivo. Consideramos, como ya lo habíamos señalado en el tema de la adición presupuestal, que este requisito es bastante necesario, puesto que el Ministerio al cual esté vinculada la compañía que solicita la reducción puede llegar a tener un conocimiento complementario o profundo, basándose en los similares trámites en los que haya dado su concepto, de las necesidades presupuestales y de la viabilidad de la consecución de los recursos que se desean reservar.

b) Principales normas que regulan este trámite. Las normas que regulan el presente trámite son el Decreto 115 de 1996 en sus artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 27, los cuales fueron transcritos en el punto anterior. Sobre el particular, debemos señalar que los comentarios realizados al hablar de adición presupuestal son perfectamente aplicables en este punto, pero amoldándolos a lo ya comentado acerca de las reducciones presupuestales.

#### 17.1.2.3 Solicitud de Traslado Presupuestal.

a) Características generales del trámite. A este trámite deberá acudir una sociedad de economía mixta cuando requiera incorporar recursos en el presupuesto de inversión con cargo a los recursos libres de afectación del presupuesto, es decir, con cargo a recursos que no tengan comprometidos, afectados o asignados a gastos. Si estos recursos a trasladarse modifican el valor total de los gastos de inversión, requerirán, para llevar a cabo este trámite, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación; y si van a comprometer vigencias futuras entonces la respectiva compañía deberá tener autorización del CONFIS para comprometerlas.

Este trámite requiere de los siguientes requisitos y documentos para ser llevado a cabo:

- 1) Carta de solicitud firmada por el Jefe de la Oficina de Planeación o el Representante Legal. Como lo señalamos al hablar de adición y reducción presupuestal, nadie mejor que la propia compañía para saber en que situación presupuestal se encuentran y en qué podrían utilizar mejor dichos recursos a ser trasladados para inversión.
- 2) Justificación socioeconómica que contenga el objeto del traslado. Complementa el requisito anterior, al venir esta justificación de la propia compañía. Volvemos a reiterar que este requisito no es nada distinto a solicitar, a la propia compañía que requiere el traslado presupuestal, la explicación, con base en los hechos tanto económicos como sociales que justifican dicho trámite, para constatar la viabilidad y la eficiencia en la utilización de esos recursos a trasladarse.
- 3) Proyección de los ingresos para el período que se afectará. Como ya lo hemos advertido, este requisito no es nada diferente a continuar con la explicación de la necesidad del traslado en la respectiva compañía, solicitándose, para efectos de control a esos recursos, que se informe al menos de un estimado de lo que se pretende recaudar y que será utilizado a la inversión a la que se destinen esos recursos.
- 4) Certificado de disponibilidad presupuestal. Se requiere debido a que los recursos a trasladarse hacen parte de los recursos de libre afectación, es decir, de los recursos que aún no han sido comprometidos en las inversiones de la respectiva compañía y, por esa razón, para utilizarlos se debe contra con esos montos, so pena de que, conforme a los artículos 21 inciso final y 22

parte final, tanto el funcionario que los comprometa como los ordenadores del gasto podrán responder personal y económicamente de las obligaciones que se originen.

b) Principales normas que regulan este trámite. Las normas que regulan el presente trámite son el Decreto 115 de 1996 en sus artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 27, los cuales fueron transcritos anteriormente. Debemos aclarar que, salvo explicado en los requisitos de éste trámite, los comentarios realizados a estas normas al referirnos a la solicitud de adición presupuestal son perfectamente aplicables a este tema.

#### 17.1.2.4 Solicitud de Vigencias Futuras.

a) Características generales del trámite. A este trámite se deberá acudir cuando una sociedad de economía mixta requiera una autorización para comprometer apropiaciones de vigencias futuras de las empresas, es decir, cuando la ejecución de las obligaciones, adquiridas por una empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta, se inicia con presupuesto de la vigencia en curso y va más allá de la vigencia respectiva.

Como podemos observar, este trámite es útil cuando una sociedad de economía mixta actúa como parte contratante en un contrato que se deberá ejecutar durante varios años, y que su forma de pago es periódica, es decir, a medida en que se realiza la ejecución del contrato se va pagando con los recursos que posea la sociedad para cumplir su parte en ese tipo de obligaciones.

Este trámite, para ser llevado a cabo, requiere de los mismos requisitos y documentos que se solicitan a cargo de la compañía en los tres trámites analizados anteriormente, que son: carta de solicitud en la cual se indique el proyecto y el monto por vigencia firmada por el Jefe de la Oficina de Planeación o el Representante Legal, justificación socioeconómica que contenga la rentabilidad

económica del proyecto, y proyección de los ingresos para el período que se afectará. Así mismo, requiere, por parte del Ministerio al que esté vinculada la respectiva compañía, un concepto técnico-económico de dicho Ministerio.

A los anteriores requisitos, se le debe sumar el poseer u obtener certificado de disponibilidad presupuestal, así como un certificado de inicio de los compromisos adquiridos por la respectiva compañía en la actual vigencia. Sin embargo, este último no es muy claro que sea solicitado debido a que, conforme al artículo 21 inciso final del Decreto 115 de 1996, el CONFIS, previa celebración de los contratos que requieran vigencias futuras, deberá autorizar el comprometimiento de esas vigencias.

Por eso, consideramos que, si hasta ahora se va a realizar el contrato, lo que se debe solicitar para obtener vigencias futuras es el certificado de disponibilidad presupuestal, y con base en esto el CONFIS autoriza el uso de esos recursos, y, luego de eso, si se podrá comprometer los recursos; pero, si ya se está ejecutando el contrato que es objeto de los recursos de las vigencias futuras, para poderlas usar en la siguiente vigencia sí se le deberá presentar al CONFIS tanto el certificado de disponibilidad presupuestal como un certificado de inicio de los compromisos adquiridos por la respectiva compañía en la actual vigencia, para que el CONFIS autorice, al aprobar el presupuesto de la respectiva compañía en la siguiente vigencia, la utilización de los recursos comprometidos mediante vigencias futuras.

b) Principales normas que regulan este trámite. Aparte de lo ya señalado al explicar el inciso final del artículo 21 del Decreto 115 de 1996, tenemos que el artículo 11 del Decreto 115 de 1996 es la norma que regula el presente trámite. Dicho artículo dispone lo siguiente:

*Artículo 11. El Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, o quien éste delegue, previo concepto técnico-económico del Ministerio respectivo, podrá*

*autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso.*

*El CONFIS, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.*

*Cuando las anteriores autorizaciones afecten el presupuesto de gastos de inversión, se requerirá el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.*

*Los contratos de empréstitos y las contrapartidas que en estos se estipulen no requerirán de la autorización del CONFIS para la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras. Estos contratos se regirán por las normas que regulan las operaciones de crédito público.*

*Los recursos necesarios para desarrollar estas actividades deberán ser incorporados en los presupuestos de la vigencia fiscal correspondiente.*

Tenemos, entonces, de acuerdo con el inciso 1° de este artículo, que el CONFIS, en cuanto a las vigencias futuras, tiene dos funciones: cuando se vayan a comprometer, debe autorizar previamente, so pena de que se aplique lo dispuesto en la parte final del inciso 3° del artículo 21 del Decreto 115 de 1996. La otra función del CONFIS frente a vigencias futuras se dará, por ejemplo, cuando, estándose ejecutando un contrato que se vence en la actual vigencia, se requieran recursos para prorrogarlo, caso en el que no se habían planeado vigencias y por eso es imposible darle cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del inciso 3° del artículo 21 del Decreto 115 de 1996.

El CONFIS, conforme al inciso 2° del presente artículo, no deberá tener en cuenta, para las obras que allí se señalan, la disponibilidad previa de recursos en el presupuesto de la compañía que solicita vigencias futuras, para autorizarlas. Asimismo, el CONFIS no deberá autorizar vigencias futuras cuando se trate de los contratos que señala el inciso 4° del presente artículo, contratos que se deberán

regir por lo dispuesto por la Dirección General de Crédito Público, y por eso es que no se requiere la previa autorización del CONFIS.

Frente a lo dispuesto por el inciso 3° del presente artículo, consideramos que sí es conveniente que se aclare eso, puesto que las disposiciones que tratan este tema se refieren únicamente a adiciones, reducciones o traslados, y no a vigencias futuras.

17.1.2.5 Liquidación y capitalización de utilidades y excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, según sea el caso.

a) Características generales del trámite. Aunque en términos generales el presente trámite fue estudiado en el capítulo VII de esta obra, podemos señalar que la liquidación de excedentes financieros y utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, según sea el caso, es un trámite mediante el cual el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentan a consideración del Consejo Superior de Política Económica y Social, CONPES, la distribución y destino de los excedentes financieros y utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta que sean de propiedad de la Nación.

Recordemos que el inciso 3° del artículo 97 del Decreto-Ley 111 dispone que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, impartirá una serie de instrucciones a los representantes de la Nación y sus entidades en las juntas de socios o Asambleas de accionistas sobre las utilidades que se capitalizarán o se reservarán y las que se repartirán a los accionistas como dividendos. Como vemos, dentro del 20 por ciento que el inciso 1° del artículo 97 del Decreto-Ley 111 de 1996 señala que debe ser asignado a la empresa que haya generado excedentes financieros (y por ende utilidades, como ya quedó explicado en el capítulo VII de esta obra), tenemos que siempre la Nación debe destinar un

porcentaje obligatorio para constituir reservas o para capitalizar, según sea el caso.

Sobre las utilidades repartibles tanto a los particulares como a la Nación, a título de dividendos, que se van a capitalizar, es decir, las utilidades líquidas repartibles, las cuales son recursos propios de la sociedad, que van a aumentar el capital de las sociedades de economía mixta, el Doctor José Ignacio Narváez señala lo siguiente:

*“Del Torrente de utilidades obtenidas en el ejercicio se detraen las sumas para las reservas y el impuesto de renta de la sociedad, y queda un saldo que es la utilidad repartible a título de dividendo o de participación.*

*“Es pertinente distinguir si las utilidades repartibles corresponden a ejercicios anteriores y que se dejaron a disposición de la junta de socios o asamblea general, o si son del ejercicio social cuyo balance y estado de situación acaban de ser aprobados. En el primer caso, la capitalización se aprueba con el quórum exigido en los estatutos para acordar cualquier aumento de capital. En el segundo caso se requiere la mayoría cualificada prevista para acordar válidamente el pago en especie de la participación o el dividendo. La razón estriba en que, conforme al artículo 123 del Código de Comercio, ningún asociado puede ser obligado a aumentar su aporte si dicha obligación no se estipula expresamente en los estatutos. Por tanto, si en las cláusulas de éstos no se hizo obligatorio el aumento del aporte una vez adoptada la decisión por determinada mayoría, la obligatoriedad sólo puede emanar de una votación unánime. Y si la unanimidad no se obtiene, sólo estarán obligados quienes aprueben el aumento de capital. Es este aspecto hay que tener en cuenta la norma especial para la sociedad anónima contenida en el inciso final del artículo 455 (del Código de Comercio), según el cual, puede pagarse el dividendo en acciones liberadas de la misma compañía, si así lo dispone la asamblea con el voto del 80 por ciento de las acciones representadas. Se plantea así una situación en que los accionistas ausentes o disidentes tienen que acatar la decisión mayoritaria. Pero si esa mayoría cualificada no se logra, el accionista ausente o disidente tiene derecho a que el dividendo le sea pagado en dinero, a menos que acepte recibir acciones. En esta última hipótesis expresa la voluntad de aumentar su aporte, con lo cual se respeta el principio de que ningún asociado puede ser compelido a efectuar nuevos aportes, sin su consentimiento. En tales casos se habla de capitalización opcional o de dividendo opcional.*



*“Siempre que se capitalicen utilidades en las sociedades colectiva, en comandita simple y de responsabilidad limitada, será indispensable cumplir los requisitos de toda modificación estatutaria para conseguir el aumento de capital y la forma como queda dividido entre los socios. En cambio, en la anónima y en la comanditaria por acciones solamente habrá lugar a una reforma estatutaria cuando la sociedad no tenga acciones en cartera en número suficiente para emitir y entregar a los accionistas el dividendo en acciones”<sup>877</sup>.*

Como podemos ver, frente a las sociedades de economía mixta se pueden dar tres situaciones:

- 1) Si los particulares tienen más del cincuenta por ciento de participación en el capital de la sociedad de economía mixta, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 466 del Código de Comercio, no se tendrá en cuenta lo dispuesto por el CONPES acerca de las utilidades que se podrán capitalizar o no, con lo cual podrá capitalizar o no capitalizar todos esos recursos.
- 2) Si la Nación posee más del cincuenta por ciento de participación en el capital de la sociedad de economía mixta, las utilidades que a ella corresponde deberán ser destinadas, en el caso de la capitalización, conforme a lo dispuesto por el CONPES, y los dividendos que le sean repartidos podrán ser o no capitalizados, conforme a lo que se disponga por la propia sociedad.
- 3) Por último, si la participación estatal en el capital de la sociedad de economía mixta es superior al noventa por ciento, se deberá seguir obligatoriamente lo ordenado por el CONPES frente a las utilidades, ya sean las destinadas a constituir reservas, capitalizarse o ser repartidas a título de dividendo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 464 del Código de Comercio.

Los requisitos que necesita el presente trámite para desarrollarse fueron explicados en el capítulo VII de esta obra.

---

<sup>877</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 200-201

b) Principales normas que regulan este trámite. El proceso de liquidación de excedentes financieros se rige según lo establecido en el Decreto-Ley 111 de 1996 Artículo 16, 85, 91, 97, y lo establecido en el artículo 1º del Decreto 205 de 1997, normas transcritas, comentadas y desarrolladas en el capítulo VII de esta obra.

**17.1.3 ¿La capitalización de la sociedad de economía mixta, por parte de la Nación, se debe realizar siempre en dinero o se podrá realizar conforme a lo dispuesto por el artículo 463 del Código de Comercio?** El artículo 463 del Código de Comercio dispone que:

*En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones.*

Sobre este tema ha dicho el Dr. HÉCTOR CÁMARA que:

*“el aporte de industria resulta incompatible con la única idea que justifica esta clase de sociedades, que es la de facilitar el aprovechamiento de la agilidad y de la eficacia de las formas comerciales de asociación, mediante una especie de nivelación jurídica de los asociados, a través de los aportes, a fin de que el capital privado se sienta seguro y al margen de la desconfianza que siempre inspira la gestión oficial. Las ventajas patrimoniales derivadas de hechos meramente negativos, como las exenciones de impuestos, no justifican la vinculación de las entidades de derecho público como asociadas, puesto que ellas pueden concederse por vía de simple estímulo o protección general o especial. Porque se trata, ante todo, de utilizar el capital privado en colaboración con el Estado, en la prestación de verdaderos servicios públicos, o de vincular el capital oficial al capital de los particulares, para el*

*desarrollo de empresas industriales de interés general*<sup>878</sup>.

Por el contrario, nosotros consideramos que nada impide que la capitalización de las sociedades de economía mixta se realice conforme a lo establecido por el artículo 463 del Código de Comercio anteriormente citado, debido a que las ventajas, concesiones o garantías pueden ser más útiles y efectivas que la misma consecución de los recursos. Además, si lo que se necesita es dinero, pueden suscribir bonos emitidos por la respectiva compañía, y darle a la Nación, en cabeza de la entidad que lo suscribe, mayor participación en la respectiva compañía, sea que esté constituida como sociedad Anónima o como sociedad de Responsabilidad Limitada<sup>879</sup>.

Los aportes de que trata el artículo 463 del Código de Comercio ya citado, han de someterse al régimen de los aportes en especie, según lo previsto en los artículos 122 y siguientes del mismo Código,

*“con lo cual se crea o pueden crearse problemas especiales, ya que, por tratarse de sociedades en las cuales se limita o ha de limitarse la responsabilidad de los socios a sus respectivos aportes, según los artículos 353 y 373 del Código de Comercio, que representan el régimen de la responsabilidad en los dos tipos de sociedad que puedan ser utilizados para las sociedades de economía mixta, al tenor de lo expuesto. El primero de esos problemas es el relativo al valor de esos aportes, que indudablemente debe ser previsto o establecido en la Ley, ordenanza o acuerdo que autorice la vinculación a una sociedad de economía mixta por parte de la Nación, un Departamento, un Municipio o una entidad descentralizada de cualquiera de dichos órdenes; o, por lo menos, en los actos respectivos, como parte de esos estatutos básicos de las compañías de economía mixta de orden nacional, o como previsiones expresas de las ordenanzas o acuerdo, en su caso, han de fijarse reglas utilizables en el avalúo de tales aportes, si no se fija en los mismo actos su valor.*

---

<sup>878</sup> PINZÓN, Op.Cit., p. 402.

<sup>879</sup> El sistema de la sociedad de responsabilidad limitada, no obstante que se trata de una compañía de capitales, no resulta conveniente para la economía mixta de una empresa, dado el hecho de que de acuerdo con el sistema de administración adoptado en el Código de Comercio (artículo 358), “la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y a cada uno de los socios”; a menos que se pacte expresamente un sistema de gestión por gestores temporales y revocables, igual al que rige para la sociedad anónima.

*“Hay que entender, por lo demás, que una de las desventajas que puede representar para las personas de derecho privado que se asocian es el régimen de derecho público a que está sometida la vinculación de las personas de derecho público; desventaja que precisamente se debe tratar de superar mediante el régimen de funcionamiento de tales compañías, a fin de que las personas de derecho público utilicen las ventajas de las formas privadas de asociación comercial, sin romper en ellas la igualdad jurídica de los asociados, que trata de asegurarse dentro del régimen de derecho privado a que están sometidas, según lo previsto en el artículo 461 del Código de Comercio; solamente así puede estimularse en lugar de ahuyentarse la inversión del capital privado conjuntamente con el capital aportado por las personas de derecho público.”<sup>880</sup>*

Desde luego que esos aportes en especie representados por bienes incorporeales como los previstos en el artículo 463 del mismo Código, han de ser amortizados con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, como norma común a todas las sociedades comerciales, en general.

Está implícito en lo anterior la idea de que la forma de sociedad adecuada para las sociedades de economía mixta no puede ser la de una sociedad de personas, sino la de una sociedad de capitales. Tal y como lo dice CÁMARA,

*“la forma anónima es la más adecuada para estas sociedades y, por eso, es bajo esta forma como están expresamente previstas en algunas leyes vigentes y como han venido siendo organizadas de preferencia en el país. En ninguna prescripción legal se ha dicho expresamente que las sociedades de economía mixta hayan de constituirse siempre como anónimas; pero, como acaba de indicarse, las disposiciones legales que se han expedido para regular la intervención de las personas de derecho público en sociedades comerciales las prevén como anónimas y así es como tienen especialmente por objeto determinar la manera de ejercer sus derechos de accionistas, en cuanto a representación de acciones y voto en las asambleas, en cuanto a su participación en las juntas directivas, etc. Y es que la posibilidad de emitir acciones se varias clases o series, con destino a las distintas clases de personas asociadas, facilita una mejor regulación de las relaciones de orden interno en la vida de la sociedad.”<sup>881</sup>*

---

<sup>880</sup> PINZÓN, Op.Cit., Apéndice, p. 397-415.

<sup>881</sup> CÁMARA, Héctor. Derecho Comercial, vol. III. p. 400.

Relacionado con este mismo asunto de los aportes a una sociedad de economía mixta, está previsto en el artículo 465 del Código de Comercio que "las acciones de las sociedades de economía mixta, cuando se tratare de anónimas, serán nominativas y se emitirán en series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas". Esta previsión legal, que resulta de especial utilidad en el funcionamiento de la sociedad de economía mixta, contribuye también a corroborar la afirmación de que es la forma anónima la más adecuada para este tipo de sociedad.

*"Desde luego que la emisión de distintas clases de acciones para las diversas personas de derecho público que se vinculen a las sociedades de economía mixta no solamente tiene por objeto separar, mediante la expedición de títulos también separados, para efectos del orden interno de la vida social, la intervención de los distintos asociados en las reuniones de la asamblea general, para computar por separado, por ejemplo, el voto que corresponda a cada una de tales personas en las decisiones de la asamblea, si conforme a la Ley, ordenanza o acuerdo del caso se estipulan en contrato social mayorías no solo teniendo en cuenta el número de acciones, sino también teniendo en cuenta la distinta categoría o calidad de los propietarios de las acciones. Además, pueden emitirse acciones privilegiadas para algunas o para todas las personas de derecho público asociadas, que como tales confieren ventajas o derechos especiales a sus propietarios, distintas de las comunes destinadas a las personas de derecho privado, si ha de prevalecer hasta cierto punto la vinculación de las personas de derecho público; o, a la inversa, acciones privilegiadas para los accionistas particulares y comunes para las personas de derecho público, si hay interés especial en estimular la vinculación de capital privado a empresas que de suyo no representen una inversión halagüeña o segura para ese capital privado, que no solo es esquivo en estos casos, sino que desconfía de la injerencia del capital oficial, por las implicaciones fiscales o de control que puedan ocurrir. Siendo importante aclarar que, estando sometidas estas sociedades a las reglas del derecho privado, como se prevé en el artículo 461 del Código del Comercio, las ventajas o privilegios susceptibles de ser reconocidos a los titulares de alguna clase especial de acciones no pueden ser sino económicos o patrimoniales, como el llamado dividendo preferencial, mas no 'privilegios que consistan en voto múltiple, o que priven de sus derechos de modo permanente a los propietarios de acciones comunes', según el artículo 381 del mismo Código."<sup>882</sup>*

---

<sup>882</sup> PINZÓN, Op.Cit.,. Apéndice, p. 397-415.

Se insiste, entonces, en que no está permitido pactar ventajas que no representen medidas de simple contenido económico,

*“es decir, que no correspondan a los derechos derivados del contrato social que tienen por objeto participar en los beneficios o utilidades y participar en la distribución de los activos sociales al tiempo de la liquidación; entre los cuales hay que incluir expresamente el derecho a suscribir las acciones destinadas a ser suscritas después del acto de constitución de la compañía, a las cuales tienen un derecho preferencial los accionistas anteriores, conforme al artículo 388 del Código de Comercio. No pueden pactarse, pues, privilegios de tipo administrativo, como podía y solía hacerse bajo el régimen anterior, cuando era legalmente viable pactar privilegios consistentes en un voto plural, en la facultad de elegir una mayoría en las juntas directivas, etc. El criterio adoptado en el mencionado artículo 381 del Código –que es un criterio que se ha impuesto en las legislaciones modernas- resulta de especial utilidad ante socios de diversa categoría, para los cuales resultaría fácil abusar de esos privilegios, en contra de la idea de igualdad jurídica para todos los asociados, según el espíritu del derecho privado a que están sometidas de manera expresa las sociedades de economía mixta. Igualdad jurídica que constituye el mayor estímulo y la mejor garantía, respecto de los accionistas particulares, en el desarrollo de una empresa que por ser de economía mixta no deja de ser de colaboración, como corresponde a la índole del contrato de sociedad dentro del nuevo derecho escrito.”<sup>883</sup>*

## **17.2 CUÁNDO SE DEBE CAPITALIZAR.**

**17.2.1 ¿Cuál es la finalidad de realizar un proceso de capitalización?** Tal y como ocurre con todas las sociedades comerciales, todo aumento del capital en las sociedades de economía mixta “responde a la necesidad de nuevos flujos de fondos para ensanchar las instalaciones o base física de la empresa; o acrecentar la producción; o capitalizar créditos a su cargo; o acometer nuevos negocios e incrementar los existentes; o afrontar la competencia; o ampliar la capacidad de endeudamiento robusteciendo la prenda general o común de los acreedores actuales o potenciales; o sortear situaciones críticas de iliquidez evitando tener que recurrir al concordato; o acompasar la cifra del capital con los resultados de la

---

<sup>883</sup> *Ibidem.*

desvalorización monetaria y de devaluaciones paulatinas o en cadena, etc”<sup>884</sup>.

*“Se dice que el aumento del capital no se realiza con nuevas aportaciones sino con recursos propios cuando el órgano supremo de la sociedad aprueba la capitalización de reservas o de utilidades líquidas repartibles”<sup>885</sup>.*

Entonces, tenemos que la decisión de capitalizar obedece a un asunto de carácter interno (puede ser una de las varias opciones que señalamos en el punto 17.1 del presente capítulo), el cual se regirá conforme a lo dispuesto en sus estatutos y en el Código de Comercio sobre éste tema.

Además, podemos ver como para una sociedad de economía mixta puede llegar a ser más benéfico, en algunos casos, que la forma de capitalización empleada por la Nación sea un aumento de capital conforme a lo dispuesto por el artículo 463 del Código de Comercio, debido a que los resultados de esos aportes pueden ser más efectivos y los recursos obtenidos pueden tenerse más pronto de lo que se obtendrían por medio de una adición presupuestal decretada por el Congreso y liquidada por el Gobierno Nacional.

Sin embargo, la oportunidad para realizar los aumentos de capital no tiene una perspectiva legal ya que es estrictamente del resorte del desarrollo social y se desarrolla en el marco propio de situación patrimonial y jurídica de la empresa. Desde luego, esto es así por ser únicamente al seno del máximo órgano social donde se evalúa y decide inyectar recursos procedentes de los socios, con las finalidades particulares perseguidas por la compañía. El trámite habrá de observar las formalidades propias del aumento de capital establecidas para el tipo social particular que revista la sociedad de economía mixta, como quedó expuesto en el punto 1° de éste capítulo.

---

<sup>884</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 199

<sup>885</sup> *Ibidem*.

**17.2.2 Caso particular: inciso 2 del artículo 97 de la Ley 489 de 1998.** En este punto debemos hacer una aclaración pertinente, principalmente frente a la cuantía del monto de capitalización por parte del Estado: la Ley 489 de 1998, en el inciso 2 del artículo 97, señala que “Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado”. Esta disposición fue declarada inexecutable en la Sentencia C-953 de 1999, de la que podemos extraer los siguientes apartes:

*4.4. Ante todo, se precisa por la Corte que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, no puede analizarse en relación con el Código de Comercio, ni tampoco teniendo como punto de referencia las definiciones que respecto de las sociedades de economía mixta y de otras entidades descentralizadas se hicieron en el Decreto-Ley 1050 de 1968, sino que el juicio de la Corte ha de realizarse mediante la confrontación de la norma acusada con la Carta Política, sin consideración a normas de rango legal como las mencionadas, de las cuales, dicho sea marginalmente, el Decreto-Ley 1050 de 1968 fue expresamente derogado por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998.*

*4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés*



*general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.*

*4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la Ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución.*

*De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.*

*4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa<sup>886</sup>.*

De acuerdo con la anterior sentencia, podemos anotar las siguientes conclusiones:

---

<sup>886</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 del 1 de diciembre de 1999.

- a) La capitalización de las sociedades de economía mixta por parte del Estado, luego de esta sentencia, puede ser inferior al 50% del capital social, efectivamente suscrito y pagado, de la sociedad de economía mixta correspondiente. Si es superior al 50%, entonces se debe tener en cuenta lo ordenado por el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998.
- b) Si la participación de la Nación en el capital de las sociedades de economía mixta es inferior al cincuenta por ciento, entonces se deberá tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 466 del Código de Comercio, el cual, como se señala en el aparte transcrito de la Sentencia ya señalada, no se ve afectado por lo ordenado en dicha Sentencia ya que sus consideraciones fueron hechas con base únicamente en lo dispuesto por la Constitución Política.
- c) Siendo así, sí la Nación participa en el capital Social de cualquier tipo de compañía, entonces dicha participación podrá ser menor al 50 por ciento de su capital, sin que por dicha razón, ya sea sociedad de economía mixta o empresa de Servicios Públicos Mixta, sea enteramente privada, como era antes de la transcrita Sentencia.
- Debemos aclarar que las similitudes o diferencias entre las sociedades de economía mixta y las empresas de Servicios Público Mixtas serán tratadas en un Capítulo aparte de esta obra<sup>887</sup>, aunque, eso sí, creemos, grosso modo, que ambas compañías, que tienen participación de la Nación en su capital social, son exactamente iguales, salvo por la Ley que se les aplica.
- d) La participación de la Nación en el capital de las sociedades de economía mixta puede ser inferior al 50 por ciento, bien sean sociedades del orden Nacional, Departamental o Municipal, debido a que lo dispuesto por los artículos 150 numeral 7°, 300 numeral 7° y 313 numeral 6° de la Constitución Política no señala porcentajes mínimos de participación en el capital de dichas sociedades.

---

<sup>887</sup> En esta misma obra véase el capítulo VII.

- e) Tenemos que la característica principal de las sociedades de economía mixta, no importa si son del orden Nacional, Departamental o Municipal, es que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, y dicha característica permite determinar la sujeción, de dichas compañías, a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado, que es la consecución y la realización de los fines que le ordena la Constitución Política (Estado Social de Derecho), y el interés general de los particulares, que es la consecución de una actividad económica.
- f) Por la anterior razón, es decir, por ser una sociedad tanto de los particulares como de la Nación, es que no se puede predicar, debido a que tienen proporciones diversas de participación en su capital social, que sea una sociedad de la Nación o de los particulares, sino es de los dos, y de allí proviene su especial y particular denominación de “mixta”.

Debido a eso, es que no podemos admitir que se entienda, conforme a las regulaciones legales, que cuando la participación de la Nación en su capital social es mayor al 90 por ciento, las sociedades de economía mixta se vuelvan empresas industriales y comerciales del Estado, puesto que, si no son nunca de los particulares, y si, conforme a lo establecido por el artículo 466 del Código de Comercio, cuando la Nación tiene menos del 50 por ciento de participación en el capital social no deja de ser parte de ella, mucho menos se le podrá desconocer su carácter de mixta, por más que la Nación tenga una participación en el capital mayor al 90 por ciento.

- g) Aunque la Sentencia transcrita señala, en sus consideraciones, que no tiene en cuenta lo señalado por el Código de Comercio sobre este tipo de sociedades, si encontramos que en el punto 4.7 respalda en forma tácita, la disposición contenida en el artículo 466 del Código de Comercio, lo cual resalta que, desde que no se desconozca la categoría de “mixta” de una sociedad en la

que participan tanto particulares como la Nación, el legislador si puede establecer regímenes jurídicos que diferencien los porcentajes de participación de sus dueños, puesto que, si no se tiene en cuenta esa categoría de mixta dada por la Constitución, se estaría frente a sociedades, que poseen participación de la Nación en su capital, que no han sido contempladas por la Constitución.

### **17.3 QUIÉN DEBE REALIZAR LA CAPITALIZACIÓN**

Lógicamente, al igual que en las demás sociedades comerciales, le corresponde a los respectivos socios capitalizar, siguiendo los pasos necesarios mencionados en el presente capítulo, los cuales son requisitos inherentes a la naturaleza de uno de los socios de las sociedades de economía mixta: el Estado, bien sea que tenga menos del 50 por ciento, más del 50 por ciento o más del 90 por ciento de participación en el capital de la respectiva sociedad de economía mixta.

En cuanto al otro(s) socio(s), es decir los particulares, podemos hacerle(s) extensivo lo referente a las sociedades en general: “el artículo 122 del Código de Comercio dispone que el capital social será fijado de manera precisa y sanciona con la ineficacia todo aumento que se haga con reavalúo de activos. Además, conforme al artículo 123 ibídem, no es legalmente posible obligar a los socios a aumentar sus aportes, o a alguno a reponer el bien aportado en caso de pérdida, sin que medie su asentimiento. El asociado sólo puede ser compelido a aumentar su aporte o a reponerlo en estas dos situaciones: a) cuando en los estatutos se ha previsto expresamente tal obligación, y b) cuando en cada caso concreto vota favorablemente, medio indicado en la Ley para manifestar su consentimiento”<sup>888</sup>.

Acá se debe tener en cuenta que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas, según lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 489 de

---

<sup>888</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op.Cit., p. 199.

1998. A su vez, el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política atribuye al Congreso la función de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, y el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 establece que las entidades descentralizadas se crean por Ley si son del orden Nacional o por medio de acuerdo u ordenanza, si son municipales o departamentales. Por consiguiente, los procesos de capitalización de las sociedades de economía mixta, con recursos del Estado, deben estar amparados o autorizados por una Ley, bien sea para la creación de la sociedad de economía mixta, durante la vigencia de la sociedad de economía mixta o para la inversión en dichas sociedades después de ser creadas, sin perder de vista lo que regulen los estatutos de la respectiva sociedad para tal efecto.

**17.3.1 Aumento con reservas o plusvalías del pasivo.** Por reservas capitalizables se entiende las creadas o incrementadas en cumplimiento de una cláusula de los estatutos (estatutarias) o por virtud de un acuerdo del órgano máximo de la sociedad (ocasionales o eventuales). Unas y otras ostentan la característica de tener una destinación específica, como se dijo en el capítulo anterior, en las consideraciones generales.

*“Es claro que una vez realizado el fin para el cual se creó la reserva, ésta carece de justificación. Entonces la asamblea general o la junta de socios decide capitalizar el sobrante, lo cual equivale a repartirlo entre los asociados, quienes no la reciben en dinero sino que aumenta el valor de sus partes de interés o la cantidad de cuotas o acciones de cada uno”<sup>889</sup>.*

Por el contrario, como se dijo ya también en el capítulo anterior, la *reserva legal* no es capitalizable, toda vez que su misión primordial consiste en enjugar pérdidas o déficits de capital, pues ha sido concebida siempre como su gran soporte de seguridad.

---

<sup>889</sup> Íbidem, 200

**17.3.2 Aumento con créditos a cargo de la sociedad.** El Dr. Narváez nos indica que la conversión de créditos a cargo de la sociedad en capital de ella puede haberse previsto ab initio, siendo el caso cuando se emiten bonos convertibles en acciones. “De no haberse previsto desde el origen del crédito, entonces habrá que surtir un trámite que comienza por la manifestación de voluntad del acreedor en el sentido de aceptar la transformación de la naturaleza de sus derechos frente a la sociedad; sigue luego la expresión de la voluntad social con arreglo a los estatutos, y culmina con la formalización del aumento.

*“Los acreedores dejan de serlo y adquieren la condición de asociados, titulares de partes de interés, cuotas o acciones, según el tipo de sociedad que se trate. Ésta lógicamente se sana así desde el punto de vista financiero”<sup>890</sup>.*

**17.3.3 Aumento mediante cancelación de acciones readquiridas.** Las sociedades en comandita por acciones y las anónimas comparten las normas sobre emisión, colocación, expedición de títulos y negociación de acciones (artículo 374 Código de Comercio), salvo en lo concerniente a las autorizaciones de la Superintendencia de Sociedades cuando la compañía no esté sujeta a la vigilancia del Estado. “Esta identidad de régimen permite afirmar que las mencionadas sociedades pueden adquirir sus propias acciones con arreglo a lo prescrito en el artículo 396. Si así lo hacen, dentro de las medidas que ofrece la Ley respecto de las acciones que adquieran, está la de cancelarlas y aumentar proporcionalmente el valor de las demás acciones, mediante la respectiva reforma estatutaria (artículo 417, ordinal 3°).

*“Conviene insistir en que a veces el aumento de capital de una sociedad por acciones requiere ineludiblemente la reforma de los estatutos sociales. Ejemplos: aumento de la cifra del capital autorizado; mayor o menor valor nominal de las*

---

<sup>890</sup> Íbidem, 201

*acciones, etc. En otras modalidades solamente se aumenta el capital suscrito y no hay necesidad de reformar los estatutos. Ejemplo: los nuevos aportes se compensan con acciones que estaban en cartera*<sup>891</sup>.

**17.3.4 Aumento con primas de colocación de acciones.** “En las sociedades en comandita por acciones y anónima, cuyas acciones tienen un valor intrínseco que supera su valor nominal, las respectivas asambleas generales pueden ordenar que cualquier nueva emisión de acciones se coloque entre los actuales accionistas (por razón del derecho preferencial de suscripción) con un sobreprecio o prima, operación perfectamente válida, pues la Ley sólo prohíbe la colocación de acciones por un precio inferior al nominal (artículo 386, ord. 4º). La capitalización de la prima se efectúa si la asamblea dispone que el mayor valor pagado por los accionistas, en vez de incrementar el superávit de la sociedad, se compense en acciones que recibirán los accionistas en proporción a las que suscriban y hasta concurrencia de la prima pagada”<sup>892</sup>.

## **17.4 FUNCIONES DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN EL PROCESO DE CAPITALIZACIÓN**

Como podremos darnos cuenta, hay dos formas en las que la sociedad de economía mixta se puede capitalizar, como lo realizaría cualquier tipo de sociedad comercial, que son obteniendo recursos propios u obteniendo recursos de terceros.

En cuanto a los recursos propios, vemos que las funciones de la sociedad de economía mixta serán distintas dependiendo de la procedencia de los recursos. Si los recursos provienen del Estado, la sociedad de economía mixta es la que deberá adelantar la solicitud de trámite ante el Departamento Nacional de

---

<sup>891</sup> *Ibidem*, 201-202

<sup>892</sup> *Ibidem*.

Planeación y/o la Dirección General del Presupuesto, dependiendo del tipo de trámite que desarrolle. Para adelantarlos, grosso modo, requiere la solicitud firmada por el representante legal de la compañía y aprobada por la junta de socios o asamblea de accionistas, así como por su junta directiva, e incluso deberá solicitar, en algunos casos, un concepto técnico – económico previo y favorable proveniente del Ministerio al que este vinculada la compañía. Además, la respectiva sociedad deberá señalar, mediante estudios económicos que lo justifiquen, cuál es la destinación de los recursos de capitalización, puesto que pueden estar dirigidos a incrementar su presupuesto de gastos, y específicamente de gastos de inversión.

Por otra parte, si la compañía resuelve capitalizarse con recursos provenientes de sus socios particulares, recursos que pueden coexistir con los provenientes de la Nación, lo podrá realizar mediante la forma en que lo realiza cualquier sociedad comercial, es decir, con las modalidades de aumento de capital conocido como *nuevas aportaciones*, las cuales podrán ser en dinero o en especie.

En el mismo sentido, la sociedad de economía mixta se capitalizará con recursos propios cuando aumente su capital con reservas o plusvalías del pasivo, aumente su capital con utilidades líquidas repartibles, aumente su capital con créditos a cargo de la sociedad, aumente su capital mediante cancelación de acciones readquiridas o aumente su capital con primas de colocación de acciones.

En el caso en que las sociedades de economía mixta deseen obtener recursos de terceros, tendrán que emitir acciones, las cuales pueden ser acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, o tendrán que crearse mayores cuotas de participación en el capital de la respectiva compañía, teniendo en cuenta para eso las normas que regulan los aumentos de capital en las sociedades comerciales, es decir, ser aumentado o disminuido en virtud de la correspondiente reforma estatutaria que deberá ser aprobada y formalizada dependiendo de si la



sociedad de economía mixta está constituida como sociedad por Acciones o sociedad de Responsabilidad Limitada.

## **17.5 DISTINTOS PAPELES DE ENTIDADES ESTATALES EN EL PROCESO DE CAPITALIZACIÓN**

**17.5.1 Funciones de los Ministerios y/o Departamentos Administrativos en el proceso de Capitalización de las sociedades de economía mixta.** Las funciones de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos se encuentran contenidas en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998. Dentro de estas funciones podemos encontrar las siguientes frente al proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) “Preparar los proyectos de Ley relacionados con su ramo” (Numeral 1 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998). No olvidemos que la creación de las sociedades de economía mixta debe ser autorizada por Ley, conforme a lo ordenado por el inciso 3° del artículo 49 de la Ley 489 de 1998.
  
- b) “Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la Ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto” (Numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998). Como las sociedades de economía mixta están vinculadas a los diferentes Ministerios, es deber de éstos ayudar a las sociedades en lo que les sea posible, además de cumplir las obligaciones legales que tienen a su cargo, dependiendo tanto de su participación en el capital social así como de si los cobija el artículo 466 del Código de Comercio.

Ahora bien, en este punto se debe hacer especial énfasis en la función del Departamento Nacional de Planeación, quien, como lo veremos más adelante, y junto a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y

Crédito Público, juegan un papel fundamental dentro del proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta del orden Nacional.

- c) “Preparar los anteproyectos de planes o programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y los planes de desarrollo administrativo del mismo” (Numeral 4 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998). Esto, en las sociedades de economía mixta, no es nada distinto a que los Ministerios colaboren para el cabal cumplimiento de los objetivos de las sociedades, ya sea como actividad mercantil o como desarrollo y complemento del Estado Social de Derecho, y dicha colaboración puede ser en dinero, en una de las formas señaladas por el artículo 100 de la Ley 489 de 1998 o del artículo 463 del Código de Comercio (que para el efecto son lo mismo), o diseñando políticas económicas para el buen funcionamiento y la futura subsistencia de la respectiva sociedad que le esté vinculada.

Como en el punto anterior, el papel de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como del Departamento Nacional de Planeación, en desarrollo de la presente función enunciada y ordenada por la Ley 489 de 1998, es fundamental en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta del orden Nacional.

- d) “Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución” (Numeral 6 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998). Si una de las políticas del Gobierno, por orden de la Constitución Política, es llevar a cabo y poner en práctica los fines del Estado Social de Derecho, podemos observar como, de acuerdo con el plan de desarrollo de cada Gobierno, las sociedades de economía mixta pueden ser un vehículo para la consecución de dichos fines, que no son otros distintos a atender y tener como fin de su gestión y existencia a la persona. Es por esa razón que los Ministerios, al tener como vinculadas a las sociedades de

economía mixta, y los Departamentos Administrativos, deben tener en cuenta que la política del Gobierno puede ser ejecutada por las sociedades de economía mixta, dado que, conforme a lo dispuesto por la Ley 489 de 1998, hacen parte del sector descentralizado de la Administración Pública.

- e) “Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas” (Numeral 7 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998). Esto, en el caso de las sociedades de economía mixta, se concreta mediante la Ley que autoriza su creación y mediante las políticas que se fijen en cuanto al control que las respectivas Superintendencias les realicen, bien sea concretando la política del Gobierno al realizar su actividad comercial o mediante los proyectos de capitalización, ya sea con recursos del Estado o con dividendos repartibles a la Nación por su participación en el capital de las respectivas sociedades.

Recordemos que, conforme al artículo 17 del Decreto 115 de 1996, la Dirección General del Presupuesto Nacional, previa consulta con el Ministerio al que esté vinculada la respectiva sociedad de economía mixta, preparará el presupuesto de ingresos y gastos y sus modificaciones, con base en los anteproyectos presentados por las respectivas sociedades. Adicionalmente, para los gastos de inversión se requiere del concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.

Frente a las funciones de los Ministerios en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta, podremos decir que en general se pueden resumir de la siguiente forma: los Ministerios deberán seguir los lineamientos y la disponibilidad presupuestal que el Gobierno Nacional establezca para el efecto, y, previa evaluación de la situación financiera y las perspectivas de la sociedad de

economía mixta, el Ministerio correspondiente al que esté adscrita o vinculada la sociedad de economía mixta a capitalizar, desde el seno de su Junta Directiva y con su participación en la Asamblea General de Accionistas de la sociedad a capitalizar, adoptará las decisiones de capitalización que sean procedentes.

Un ejemplo de las anteriores funciones de los Ministerios en el proceso de capitalización la encontramos en la Resolución número 97 del 5 de noviembre de 1996, por la cual se ordena la capitalización de la Nación en la Central de Abastos de Cúcuta S.A. hasta por la suma de \$8'000.000. Para dicha capitalización se utilizaron las facultades legales que concedió el Capítulo III de la Ley 51 de 1990, Capítulo que procedemos a transcribir:

### *CAPITULO III*

#### *Del Saneamiento de obligaciones crediticias del sector público.*

*Artículo 13. Con el fin de proveer al saneamiento económico y financiero de las entidades públicas, el Gobierno Nacional podrá ordenar que se efectúen compensaciones o daciones en pago para satisfacer obligaciones crediticias entre entidades públicas del orden nacional.*

*Artículo 14. Cuando el Gobierno Nacional lo autorice, se podrán capitalizar acreencias entre entidades públicas en los términos que convengan las partes, para lo cual quedan autorizadas por virtud de esta Ley. Dicha capitalización se efectuará por el valor comercial de la acreencia, o por su valor nominal y se contabilizará como capital pagado y suscrito.*

*Artículo 15. Con el fin de proveer al saneamiento económico y financiero de las entidades públicas deudoras de la Nación, ésta podrá capitalizarlas directamente hasta por el monto total de las obligaciones a su favor, si dichas deudas exceden el patrimonio neto de la entidad, excluido el superávit por valorización.*

*Así mismo, podrá capitalizarlas cuando el retardo en el pago de las obligaciones supere los noventa (90) días calendario y la deuda mencionada exceda el 10% de su patrimonio neto, excluido el superávit por valorización.*

*Una vez quede en firme la resolución ejecutiva que ordene la capitalización, el Gobierno Nacional adquirirá el derecho de veto en el órgano directivo de la entidad respectiva.*

*Cumplido el objetivo de la capitalización, la Nación podrá enajenar su participación en el capital de la entidad conforme a lo previsto en el artículo 19.*

*Artículo 16. Las entidades objeto de las operaciones autorizadas por el presente capítulo y las entidades públicas que tengan obligaciones con la Nación o garantías de ésta, vencidas por más de sesenta (60) días, se someterán a un programa de recuperación tendiente a lograr el pago de sus obligaciones y el adecuado manejo y administración de sus rentas. Dicho programa deberá presentarse ante el Ministro de Hacienda y Crédito Público -Dirección General de Crédito Público- en los plazos y términos que éste determine y comprenderá el alcance y la modalidad de los correctivos necesarios para asegurar el saneamiento.*

*Cuando la entidad no presente o incumpla el programa de recuperación, el Gobierno Nacional podrá tomar posesión de los bienes, haberes y administración, para el sólo efecto de asegurar la debida prestación del servicio a ellas encomendado por la Ley, y durante el tiempo que fuere menester para su adecuado reordenamiento.*

*Artículo 17. Cuando entidades públicas u organismos administrativos del orden nacional presenten pérdidas acumuladas que excedan el cincuenta por ciento (50%) del patrimonio neto, excluido el superávit por valorización, o cuando se prevea razonablemente, a juicio del Gobierno Nacional, que la entidad no podrá cumplir con el pago de sus obligaciones, la Nación podrá disponer el reordenamiento, la fusión o la liquidación del respectivo ente público.*

*Para este efecto, la Nación podrá ordenar compensaciones de cuentas, capitalizaciones, daciones en pago o celebración de acuerdos de pago entre entidades públicas del orden nacional a fin de sanear las obligaciones a cargo de dichas entidades.*

*Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio del régimen concordatario contemplado en el Decreto 350 de 1989 o las normas que lo modifiquen o adicionen.*

*Artículo 18. Cuando el Gobierno Nacional así lo determine, los tenedores de los instrumentos de deuda interna de la Nación o de otras entidades públicas podrán optar libremente por descontarlos por su valor presente en canje de acciones o partes sociales de empresas estatales.*

*Artículo 19. Autorízase al Gobierno Nacional para enajenar bienes de propiedad de la Nación que no sean necesarios o adecuados para la*

*prestación del servicio público a su cargo y para destinar su producto a la financiación de programas de reducción de gastos de funcionamiento, amortización de obligaciones de deuda pública interna y para realizar inversiones.*

*El avalúo de los bienes objeto de la operación de que trata el presente artículo, se determinará, según el procedimiento que se defina conforme a lo previsto en el artículo 25 de la presente Ley.*

En cuanto a las funciones específicas de los Ministerios en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta, encontramos que el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Desarrollo Económico tienen funciones específicas al respecto. Por esta razón, a continuación procedemos a enunciar las funciones más importantes de los citados Ministerios en el presente trámite de capitalización. Por último, señalaremos las funciones del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, por considerar que son las más relevantes en lo que tiene que ver con el procedimiento de capitalización de las sociedades de economía mixta.

17.5.1.1 Funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Las funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público están contenidas en los Decretos 2112 de 1992 y en el Decreto 1133 de 1999. Conforme al último Decreto citado, el Ministerio de Hacienda tendrá las siguientes funciones globales con respecto al proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) “Dirigir la preparación, modificación y seguimiento del Presupuesto General de la Nación, del presupuesto de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta asimiladas a éstas, de las entidades financieras de carácter público y de los recursos parafiscales en las condiciones establecidas en la Ley” (Numeral 13 del Artículo 3 del Decreto 1133 de 1999). Como podemos observar, esta es una función que compete realizar a la Dirección General del Presupuesto, a la Dirección del Tesoro Nacional, al CONFIS y al CONPES, aunque en este último el Ministerio de

Hacienda, mediante su Ministro o Viceministro, simplemente participa en sus reuniones.

Debemos ser claros que, cuando la norma se refiera a la preparación del presupuesto de “entidades financieras de carácter nacional” no estarán incluidas las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden Nacional dedicadas a actividades financieras puesto que, como ya lo señalamos, para la preparación de su presupuesto se rigen por lo dispuesto por la Resolución número 2416 de 1997 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Frente a las modificaciones y al seguimiento de los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden Nacional dedicadas a actividades financieras, consideramos que la norma en comento es perfectamente aplicable, puesto que sobre estos temas la Resolución anteriormente señalada no indica nada, es decir, no fueron regulados por ella.

- b) “Administrar las acciones de la Nación en sociedades de economía mixta, que le estén vinculadas y de las otras sociedades de economía mixta en virtud de convenios interadministrativos que celebre para el efecto y coordinar los procesos de enajenación de activos y propiedad accionaria” (Numeral 18 del Artículo 3 del Decreto 1133 de 1999). Esto por cuanto el Ministerio de Hacienda debe preparar y hacer seguimiento al Presupuesto de las sociedades de economía mixta del orden Nacional, es decir, debe ayudar en la tarea de vigilar que los recursos de la Nación estén bien invertidos.

17.5.1.2 Funciones del Ministerio de Desarrollo Económico. Las funciones del Ministerio de Desarrollo Económico están contenidas en el artículo 3 del Decreto 219 de 2000. Conforme a este Decreto, el Ministerio de Desarrollo Económico

tendrá las siguientes funciones globales con respecto al proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) “Participar en la Formulación de la política, los planes y programas de desarrollo económico y social” (Numeral 1 del artículo 3 del Decreto 219 de 2000). Como vemos, su participación se concreta en la política global del Gobierno, la cual se deberá ver reflejada en cada una de las sociedades de economía mixta del orden Nacional, y no participa en la formulación de la política, planes y programas de desarrollo económico y social de cada una de las respectivas sociedades, puesto que hacer eso es inoficioso y sumamente difícil, tarea que se debe dejar preferiblemente al arbitrio de cada sociedad al confeccionar su objeto social.
  
- b) “Formular la política de Gobierno en materia de desarrollo económico y social del país relacionada con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio interno, el turismo y la política de desarrollo urbano, especialmente, en las áreas de vivienda, equipamiento comunitario, planeamiento, ordenamiento territorial, gestión y transporte, agua potable y saneamiento básico” (Numeral 2 del artículo 3 del Decreto 219 de 2000). Esto se puede resumir en dar las pautas para la creación, bien sea, de sociedades de economía mixta o de empresas industriales y comerciales del Estado, dependiendo del caso, y su futura viabilidad, e inclusive, dar las mismas pautas para las empresas de servicios públicos mixtas de las que trata la Ley 142 de 1994.
  
- c) “Establecer la política de Gobierno en materia de promoción de la competencia, propiedad intelectual, protección al consumidor, estímulo al desarrollo empresarial, desarrollo de la iniciativa privada y la libre actividad económica de conformidad con la Ley 81 de 1988” (Numeral 4 del artículo 3 del Decreto 219 de 2000). Como en el caso de la función anterior, esto puede llegar a



determinar la futura viabilidad de las respectivas sociedades de economía mixta del orden Nacional, e incluso, determinar el tipo de aporte de la Nación tanto para la creación como para la capitalización de dichas sociedades.

- d) “Preparar los anteproyectos de planes y programas de inversión y otros desembolsos públicos correspondientes al Ministerio y sus entidades adscritas o vinculadas y los planes de desarrollo administrativo de los mismos” (Numeral 8 del artículo 3 del Decreto 219 de 2000).

En resumen, tenemos que la gestión del Ministerio de Desarrollo Económico se concreta en dar las pautas para la viabilidad de las respectivas sociedades de economía mixta, conforme al plan de desarrollo económico y social como a la políticas de cada Gobierno, lo cual complementa la actividad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual solamente hace un análisis financiero de las sociedades cuando confecciona su patrimonio y ayuda en el deber de vigilar las inversiones de la Nación en ellas.

Sin embargo, el artículo 4° de la Ley 790 de 2002 dispuso:

*Artículo 4°. Fusión del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico. Fusióñese el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico y confórmese el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Los objetivos y funciones del Ministerio de Desarrollo y Comercio serán las establecidas para los ministerios fusionados.*

*Cuando alguna de las funciones de los Ministerios fusionados deba ser realizada por otra entidad pública nacional, el Presidente de la República podrá reasignar dichas funciones en ejercicio de las facultades extraordinarias a las que se refiere el artículo 16 de la presente ley.*

*Parágrafo. La formulación de políticas relativas al uso del suelo y ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial y urbano, así como la política habitacional integral necesaria para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Política, serán funciones del Ministerio de Ambiente , Vivienda y Desarrollo Territorial. Los organismos adscritos y vinculados relacionados con estas funciones, pasarán a formar*

*parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.*

Esta disposición, entonces, da pie para señalar que, aunque el Ministerio de Desarrollo Económico formalmente desapareció con la Ley 790, sus funciones fueron retomadas por el nuevo Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por lo que las funciones señaladas en este punto ahora son predicables de la cartera creada por dicha norma.

17.5.1.3 Funciones del Departamento Administrativo de Planeación Nacional. Las funciones del Departamento Administrativo de Planeación Nacional están contenidas en el artículo 5 del Decreto 2410 de 1989. Conforme a este Decreto, el Departamento Administrativo de Planeación Nacional tendrá las siguientes funciones globales con respecto al proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) “Formular el Plan Nacional de Desarrollo Económico Social” (Numeral 1 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Este plan, como la lógica nos lo indica, deberá ser elaborado, principalmente, con la colaboración del Ministerio de Desarrollo Económico, y de todos los estamentos de la Nación, y ese Plan del Gobierno es el que va a determinar la futura viabilidad de las sociedades de economía mixta que sean creadas en el Gobierno de turno, así como el destino y la utilización de los recursos de la Nación en dichas sociedades.
- b) “Del presupuesto. Dirigir la preparación y control general de la Nación en lo concerniente a gasto de inversión” (Numeral 2 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Recordemos, como ya quedo explicado en los distintos trámites de capitalización por parte de la Nación, que cuando se modifique, total o parcialmente, el presupuesto de gastos de las empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta, el Departamento Nacional de Planeación, conforme a lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto

353 de 1998, deberá dar un concepto favorable, en forma global y nunca en forma de gastos de inversión, a esa modificación.

- c) “Analizar y evaluar los planes, programas y proyectos de carácter sectorial, multisectorial, territorial y urbano que le sean presentados por los ministerios, departamentos administrativos y entidades descentralizadas y por los demás componentes del Sistema Nacional de Planificación, conforme a las normas e instituciones que prescriba e imparta el propio Departamento Nacional de Planeación, con el fin de definir su inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y social o en las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional” (Numeral 3 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Por consiguiente, el Departamento Nacional de Planeación es quien deberá aprobar el trámite de capitalización que sea solicitado por la respectiva sociedad de economía mixta del orden Nacional.
  
- d) “Coordinar la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social y de las políticas estrategias, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional, para lo cual podrá definir, con carácter obligatorio, los términos y condiciones de la participación en dichas actividades de los organismos y entidades de la administración central o descentralizada del orden nacional, de las entidades territoriales y de sus correspondientes entidades descentralizadas” (Numeral 4 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Entonces, con el Ministerio de Desarrollo Económico, este Departamento será quien determine la forma como deberá cumplirse en cada sociedad de economía mixta los planes de cada Gobierno, y deberá determinar quien será el que controle que dicho plan se lleve a cabo en cada una de las sociedades, no obstante la potestad que los Ministerios, a los que estén vinculadas, tengan para realizar dicho control.
  
- e) “Proponer los objetivos y estrategias macroeconómicos y financieros

consistentes con las políticas, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional, de acuerdo con la proyección de los escenarios de corto, mediano y largo plazo” (Numeral 5 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Esto no es nada distinto a ser un veedor de la viabilidad financiera de cada sociedad de economía mixta del orden Nacional en el corto, mediano y largo plazo, y esto se deberá ver reflejado en los documentos CONPES, debido a que este Departamento es su coordinador y cumple la función de ser su secretario general.

- f) “Preparar y coordinar, con la colaboración de los organismos y entidades pertinentes, políticas, planes, programas y proyectos relacionados con la actividad productiva y la inversión privada” (Numeral 8 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). En este caso, los organismos y entidades pertinentes serán tanto las sociedades de economía mixta, la Dirección General del Presupuesto y los Ministerios a los cuales estén vinculadas las respectivas sociedades.
  
- g) “Elaborar el Plan Operativo Anual de Inversiones, para su posterior incorporación en el proyecto de Ley del Presupuesto General de la Nación por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público” (Numeral 17 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Esto, como ya lo habíamos señalado, es desarrollo de lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 353 de 1998.
  
- h) “Dar concepto previo a la Dirección General del Presupuesto sobre las modificaciones que se hagan durante el año a la Ley del presupuesto, en lo que se refiere a gastos de inversión. Dichas modificaciones sólo podrán realizarse cuando el concepto previo sea favorable” (Numeral 19 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Recordemos que, frente a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden Nacional dedicadas a actividades financieras, dicho concepto previo

para sus gastos de inversión no será necesario en el momento de elaborar y aprobar su presupuesto anual, puesto que al respecto la Resolución número 5416 de 1997 no señaló nada; pero sí será necesario en el caso en que dicho gastos se modifiquen con recursos de la Nación o con los aportes señalados en el artículo 463 del Código de Comercio.

- i) “Dar concepto previo a las modificaciones al anexo del Decreto de liquidación y a la distribución de las partidas de inversión del Presupuesto General de la Nación. Dichas modificaciones sólo podrán realizarse cuando el concepto previo sea favorable” (Numeral 20 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Otra vez, esta es una disposición que desarrolla lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 353 de 1998, puesto que se refiere al presupuesto de inversión de las sociedades de economía mixta.
  
- j) “Autorizar el compromiso de vigencias futuras correspondientes a gastos de inversión” (Numeral 21 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Esto, como en los anteriores artículos, lo debe realizar el Departamento Nacional de Presupuesto en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 353 de 1998.
  
- k) “Participar en las gestiones de financiamiento externo o interno relacionadas con los planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social. Para el efecto, apoyará a los organismos y entidades públicas en la preparación y presentación de proyectos que puedan ser financiados con crédito externo o interno y participará en las correspondientes negociaciones” (Numeral 23 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Nuevamente nos encontramos frente a una norma que reitera la necesidad de solicitar, ante el Departamento Nacional de Presupuesto, los diferentes trámites de capitalización de las sociedades de economía mixta del orden Nacional.

- l) “Establecer los procedimientos y normas que deben seguir los organismos y entidades oficiales en el manejo y procesamiento de la información relativa a gastos de inversión del Presupuesto General de la Nación” (Numeral 26 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). No olvidemos que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 353 de 1998, el Departamento Nacional de Planeación debe dar un concepto previo y favorable acerca de los presupuestos de inversión que se realicen en las sociedades de economía mixta del orden Nacional.
  
- m) “Participar en la evaluación de los proyectos de inversión privada nacional o extranjera que requieran intervención del Gobierno Nacional y aprobar o improbar las solicitudes de autorización de inversión de capitales extranjeros en el país y de capitales colombianos en el exterior” (Numeral 34 del artículo 5 del Decreto 2410 de 1989). Como podemos ver, en el caso en que los socios o accionistas particulares de las sociedades de economía mixta del orden Nacional a crearse sean extranjeros o sean Nacionales, el Departamento Nacional de Planeación deberá autorizar su inversión, lo cual busca, en términos generales, verificar la viabilidad financiera de la respectiva sociedad a crearse y la seriedad y legalidad de quienes invierten en ella.

Adicionalmente, el Decreto 1363 de 2000, en el artículo 4, señala otras funciones del Departamento Nacional de Planeación, de las cuales podemos destacar las siguientes:

- a) “Participar en las gestiones de financiamiento externo o interno relacionadas con los planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social. Para el efecto, apoyará a los organismos y entidades públicas en la preparación y presentación de proyectos que puedan ser financiados con crédito externo o interno y participará en las correspondientes negociaciones” (Numeral 9 del artículo 4 del Decreto 1363 de 2000). Como podemos ver, el papel del

Gobierno no se limita simplemente a imponer su plan sino que, además, debe financiar, es decir, capitalizar a las sociedades de economía mixta que considere le pueden ayudar en la consecución y cumplimiento de los deberes que la Constitución Política le impone, y que no son otros que la consecución y el mantenimiento del Estado Social de Derecho.

- b) “Diseñar, reglamentar, sistematizar y operar el Banco de Proyectos que deberá incluir los proyectos financiables, total o parcialmente, con recursos del Presupuesto General de la Nación, y priorizar los proyectos del Plan Operativo Anual de Inversiones (POAI) para su inclusión en la Ley Anual del Presupuesto” (Numeral 11 del artículo 4 del Decreto 1363 de 2000). Recordemos que dentro del presupuesto de las sociedades de economía mixta encontramos el presupuesto de inversión, y ese presupuesto o gastos de inversión deben tener un concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación. Por tanto, los proyectos de inversión que pueden hacer las sociedades de economía mixta, y que vayan a ser financiados con recursos de la Nación, deben ser previamente radicados en el Banco de Proyectos del Departamento Nacional de Planeación, para que este Departamento los apruebe antes de ser incluidos dentro del presupuesto de inversión que debe ser aprobado en la Ley Anual de Presupuesto o en las modificaciones posteriores que se hagan a dicha Ley.

**17.5.2 Funciones de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional en el Proceso de Capitalización de las sociedades de economía mixta.** La Dirección General del Presupuesto Público Nacional es un organismo que hace parte del Sector denominado “Hacienda y Crédito Público”. Por lo tanto, parte de las funciones que señalamos cuando analizamos y señalamos las funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público son en parte desarrolladas y aplicadas por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional.

En este orden de ideas, en el inciso primero del artículo 14 del Decreto 1133 de

1999 señala, como gran función de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público “la planeación, preparación, administración y coordinación del seguimiento del Sistema Público Presupuestal, del Presupuesto General de la Nación, del presupuesto de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta asimiladas a éstas, del presupuesto de las entidades públicas que administren fondos públicos del orden nacional y vigilar el manejo presupuestal de los recursos públicos administrados por entidades privadas”.

El artículo 14 del Decreto citado anteriormente señala las siguientes funciones específicas a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional:

- a) “Dirigir la elaboración del Proyecto de Presupuesto General de la Nación que será presentado al Congreso de la República, y el proyecto de presupuesto de las empresas industriales y comerciales del Estado no financieras, de las sociedades de economía mixta no financieras sujetas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, que será presentado a consideración del Consejo Superior de Política Fiscal –CONFIS–“ (Numeral 4 del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999). En este punto es pertinente recordar que la confección y aprobación del presupuesto de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden Nacional dedicadas a actividades financieras se rige por lo dispuesto en la Resolución número 2416 de 1997.

Como podemos observar, la Dirección General de Presupuesto debe **elaborar** el proyecto de presupuesto de las entidades mencionadas en este artículo, proyecto que deberá ser aprobado por el CONFIS, pero eso no quiere decir que no tenga que elaborar el proyecto de capitalizaciones de las compañías no mencionadas por este artículo cuando dicha capitalización se realice con recursos de la Nación, bien sea en dinero o en las especies de aportes



consagrados en el artículo 463 del Código de Comercio, ya se trate de las compañías mencionadas o de cualquier otra empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta del orden Nacional.

- b) “Dirigir la elaboración de los proyectos de decreto de liquidación o repetición del presupuesto, según sea el caso, y la aprobación de los traslados, distribuciones y demás modificaciones presupuestales que los afecten” (Numeral 6 del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999). Recordemos que uno de los trámites que puede realizar una sociedad de economía mixta, para capitalizarse, es la adición presupuestal, la cual la aprobará el Congreso de la República mediante Ley que modifica o adiciona el Presupuesto Anual.
- c) “Emitir conceptos sobre las solicitudes de nuevos gastos, de aumento en las apropiaciones existentes y de modificación en los ingresos presupuestados” (Numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999). Tiene que ver con los distintos trámites de capitalización que las sociedades de economía mixta pueden realizar ante la Nación, como uno de sus socios.
- d) “Autorizar, registrar y programar en los presupuestos anuales las autorizaciones para adquirir compromisos que afecten vigencias futuras” (Numeral 13 del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999). No olvidemos que en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, el artículo 21 del Decreto 115 de 1996 y el artículo 11 del Decreto 115 de 1996, al regular lo concerniente con vigencias futuras, señalan que estas deben ser aprobadas por el CONFIS o por quien él delegue para tal fin, y que si dichas vigencias futuras afectan gastos de inversión, deben además tener una aprobación previa y favorable por parte del Departamento Nacional de Planeación.
- e) “Realizar el seguimiento del Presupuesto General de la Nación, el de las

empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades asimiladas a éstas y el de las entidades públicas o privadas que administren fondos públicos del orden nacional” (Numeral 18 del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999). Como podemos observar, acá no se incluyen las entidades públicas destinadas a realizar actividades financieras, como sí lo debe hacer el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conforme a lo estipulado por el numeral 13 del artículo 3 del Decreto 1133 de 1999.

Sin embargo, tenemos que, al no discriminar el tipo de empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades asimiladas a éstas, podemos concluir que la Dirección General de Presupuesto sí debe realizar el seguimiento del presupuesto de las compañías constituidas con recursos de la Nación, sea que tengan participación de los particulares o no en su capital social.

Así mismo, podemos preguntarnos ¿qué se entiende por “entidades asimiladas a éstas”? Debemos señalar que, en principio, conforme a lo dispuesto por el artículo 464 del Código de Comercio y al párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta en que la participación de la Nación en su capital social sea mayor al 90 por ciento son las “entidades asimiladas” de las que trata el numeral 18 en comento.

Como ya lo señalamos en algunos apartes de esta obra, consideramos que esa expresión “entidades asimiladas” no es exacta, puesto que se le desconocería la nota característica de “sociedad” a las sociedades de economía mixta. Por eso, como sucede en otras normas, se debería limitar el ámbito de asimilación de estas especiales sociedades de economía mixta, que en este caso sería a simplemente realizarle el seguimiento de su presupuesto anual.

- f) “Proponer, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, la

distribución del monto que corresponda a la Nación de los excedentes de los establecimientos públicos y utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y de entidades asimiladas” (Numeral 21 del artículo 14 del Decreto 1133 de 1999). Como es notorio, acá vuelve y se comete el (a nuestro juicio) error de no limitar la palabra “asimiladas” a las sociedades de economía mixta de las que tratan los artículos 463 del Código de Comercio y el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

Dejando a un lado lo anterior, consideramos que esta norma limita las sociedades de economía mixta que deben poner obligatoriamente a consideración del Departamento Nacional de Planeación y de la Dirección General de Presupuesto los preproyectos de distribución de utilidades, puesto que, conforme a lo señalado por el artículo 85 del Decreto-Ley 111 de 1996, éstas entidades deberán presentar a consideración del CONPES un proyecto de distribución de excedentes financieros y utilidades, según sea el caso.

En este orden de ideas, tenemos que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional cumple sus funciones, en el proceso de capitalización de sociedades de economía mixta, principalmente, mediante la Subdirección de Estudios Fiscales y Consolidación Presupuestal y las Subdirecciones de Infraestructura y Desarrollo Económico, de Administración General del Estado, y de Desarrollo Social de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Según el inciso primero del artículo 14.1 del Decreto 1133 de 1999, “la Subdirección de Estudios Fiscales y Consolidación Presupuestal de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, será la encargada de elaborar el Plan Financiero en coordinación con el CONFIS y el Departamento Nacional de Planeación, calcular los ingresos del Presupuesto General de la Nación, elaborar las actas del Consejo Superior de Política Fiscal –CONFIS– y consolidar la

programación y las cifras de ejecución del Presupuesto”.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la Subdirección de Estudios Fiscales y Consolidación Presupuestal de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional le corresponden las siguientes funciones en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) “Consolidar el Presupuesto General de la Nación y el de las empresas industriales y comerciales del Estado y asimiladas y presentar un informe al Director General del Presupuesto Público Nacional para posterior consideración del Ministro de Hacienda y Crédito Público” (Numeral 2 del artículo 14.1 del Decreto 1133 de 1999). Aunque la norma en comento es clarísima, volvemos a llamar la atención a la falta de limitación de la palabra “asimiladas”, palabra que no es usada ni en el artículo 463 del Código de Comercio ni en el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, y que al parecer solamente cobijaría a las sociedades de economía mixta en la que la participación de la Nación en su capital social sea mayor al 90 por ciento.
  
- b) “Elaborar el presupuesto de ingresos de la Nación, consolidar el de gastos y establecer las necesidades de financiamiento” (Numeral 3 del artículo 14.1 del Decreto 1133 de 1999). En este punto es importante anotar que acá se deberán incluir los montos con los que se pretenda capitalizar a las sociedades de economía mixta del orden Nacional, modificando el presupuesto y no confeccionándolo. Además, esos rubros deberán ser aprobados mediante Ley que modifique la Ley de Presupuesto de la respectiva anualidad
  
- c) “Evaluar las operaciones efectivas consolidadas del sector público para determinar su impacto en el Plan Financiero, en el Presupuesto General de la Nación, en el presupuesto de las empresas industriales y comerciales del

Estado y asimiladas” (Numeral 6 del artículo 14.1 del Decreto 1133 de 1999). Nuevamente, no se limitó la palabra “asimiladas”, así que se podría llegar a pensar que cualquier entidad, no solo las sociedades de economía mixta en la que la participación de la Nación en su capital social sea mayor al 90 por ciento, estarían cobijadas por lo que señala el presente numeral.

- d) “Consolidar la información sobre los resultados del ejercicio fiscal de los Establecimientos Públicos y las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado” (Numeral 10 del artículo 14.1 del Decreto 1133 de 1999). Observemos como en este artículo se incurre en el error de no diferenciar entre utilidades y excedentes financieros, puesto que, al tenor de lo señalado por el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto-Ley 111 de 1996), las empresas industriales y comerciales del Estado no Societarias generan excedentes financieros, y las empresas industriales y comerciales del Estado Societarias generan utilidades.

Nótese como, además, no se requiere la consolidación de las utilidades generadas por las sociedades de economía mixta del orden Nacional, sin importar si los aportes estatales sean superiores o inferiores al 50 o al 90 por ciento, para efectos de lo regulado por los artículos 464 y 466 del Código de Comercio.

Ahora bien, según el inciso primero del artículo 14.2 del Decreto 1133 de 1999, “las Subdirecciones de Infraestructura y Desarrollo Económico, de Administración General del Estado, y de Desarrollo Social de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, serán las encargadas de dirigir la programación y seguimiento del Presupuesto General de la Nación, el de las empresas industriales y comerciales del Estado y asimiladas, en los sectores que determine el Director de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional”.

Entonces, a las Subdirecciones de Infraestructura y Desarrollo Económico, de Administración General del Estado, y de Desarrollo Social de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional les corresponden las siguientes funciones en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) “Dirigir la programación y seguimiento del Presupuesto General de la Nación, el de las empresas industriales y comerciales del Estado y asimiladas y sus modificaciones presupuestales. Todo ello de acuerdo con el Plan Macroeconómico, el Plan Financiero aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES– y el Consejo Superior de Política Fiscal –CONFIS–, y el Plan Operativo Anual de Inversiones” (Numeral 1 del artículo 14.2 del Decreto 1133 de 1999). Nuevamente, siendo ya un error generalizado, no se limita el término “entidades asimiladas”, como ya quedo suficientemente comentado.
- b) “Elaborar, conjuntamente con las demás Subdirecciones, para someter a consideración de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, el Manual de Programación, Ejecución y Seguimiento Presupuestal que deberán utilizar los organismos y entidades” (Numeral 2 del artículo 14.2 del Decreto 1133 de 1999). Aunque esta norma no lo señala expresamente, se deberá entender que dicho manual es anual, puesto que uno de los principios del presupuesto es la anualidad presupuestal, es decir, que se debe elaborar un presupuesto para cada año calendario.
- c) “Asesorar directamente o a través de sus dependencias, a los organismos y entidades del orden nacional y territorial en el proceso presupuestal” (Numeral 3 del artículo 14.2 del Decreto 1133 de 1999). Aquí esta, por consiguiente, inmersas las sociedades de economía mixta del orden Nacional, al ser, según la Ley 489 de 1998, entidades descentralizadas de la Administración Pública, y podrán recibir asesoría sin importar el porcentaje de participación de la Nación

en su capital social.

- d) “Tramitar los traslados y demás modificaciones presupuestales que afecten el anexo del decreto de liquidación” (Numeral 6 del artículo 14.2 del Decreto 1133 de 1999). Entonces, a las Subdirecciones de Infraestructura y Desarrollo Económico, de Administración General del Estado, y de Desarrollo Social de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional le corresponderá hacer esto cuando se realicen capitalizaciones con recursos de la Nación a las sociedades de economía mixta del orden Nacional.
  
- e) “Cuantificar el resultado fiscal de los establecimientos públicos nacionales y las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado y asimiladas al cierre de cada vigencia fiscal” (Numeral 9 del artículo 14.2 del Decreto 1133 de 1999). Nótese nuevamente el uso sin limitar de la frase “entidades asimiladas”.
  
- f) “Solicitar a las entidades y organismos la presentación de los informes estadísticos, financieros y administrativos necesarios para adelantar las funciones de seguimiento presupuestal” (Numeral 12 del artículo 14.2 del Decreto 1133 de 1999). En consecuencia, podemos preguntarnos ¿Cuáles son las entidades y los organismos? Podemos obtener como respuesta que son todas las entidades, descentralizadas o no, de la Nación, y, por consiguiente, acá estarán incluidas las sociedades de economía mixta del orden Nacional sin importar el porcentaje de participación de la Nación en su capital social.

**17.5.3 Funciones del Congreso de la República en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta.** Según lo señalado por el artículo 6 de la Ley 5 de 1992, las funciones del Congreso de la República, bien sea Senado o Cámara de Representantes, pueden ser divididas en: función constituyente, función legislativa, función de control político, función judicial,

función electoral, función administrativa, función de control público<sup>893</sup>) y función de protocolo. Frente al proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta, su función principal es la señalada en el numeral 2 del artículo 6 de la Ley 5 de 1992, y consistirá en participar como legislador, es decir, ser el órgano que aprueba o niega cualquier proyecto referente a esta materia. Debemos indicar que, hasta el momento, no hace curso, ni en la Honorable Cámara de Representantes ni en el Honorable Senado de la República, ninguna iniciativa sobre la capitalización de las sociedades de economía mixta.

Entonces, tenemos que corresponde al Congreso, como legislador por excelencia que es, expedir las leyes necesarias para establecer los parámetros requeridos en el desarrollo de determinado tema o actividad. Así ocurre, por ejemplo, con los Fondos Ganaderos, los cuales son sociedades de economía mixta y se rigen por la Ley 363 de 1997, la cual reforma la Ley No. 132 de 1994, Estatuto Orgánico de los Fondos Ganaderos.

El Congreso de la República, dentro del proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta, también podrá hacer uso de la función conferida en el numeral 7 del artículo 6 de la Ley 5 de 1992, es decir, de la función de control público, mediante la cual podrá “emplazar a cualquier persona, natural o jurídica, a efecto de que rindan declaraciones, orales o escritas, sobre hechos relacionados con las indagaciones que la Comisión adelante”.

**17.5.4 Funciones de las diferentes Superintendencias en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta<sup>894</sup>.** El artículo 66 de la Ley 489 de 1998 define a las Superintendencias como “organismos creados por la Ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la Ley o

---

<sup>893</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.2.

<sup>894</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.7.



mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal”, siendo, al igual que las sociedades de economía mixta, y si tienen personería jurídica, entidades descentralizadas, según lo señalado por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, y, si no poseen personería jurídica, pertenecerán al sector central de la Rama Ejecutiva, según lo dispuesto por el artículo 38 numeral 1 literal e) de la Ley 489 de 1998.

La Corte Constitucional ha señalado que las Superintendencias son “*organismos en los que se realiza la desconcentración funcional, en cuya virtud se cumplen atribuciones señaladas por la Carta en cabeza del Presidente de la República pero que éste no adelanta de manera personal y directa por absoluta imposibilidad física, por lo cual están a cargo, en concreto, de los superintendentes, dentro del ámbito que señale la Ley*”<sup>895</sup>.

En lo relativo a las funciones de las diferentes Superintendencias, podemos observar que aunque éstas son de un carácter amplio y general, hay ciertas funciones que tienen una aplicación directa o indirecta en el tema de la capitalización de las sociedades de economía mixta, siempre teniendo como horizonte, o función primordial, en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta, la inspección, vigilancia y control de las empresas o entidades sometidas al poder de la correspondiente Superintendencia.

17.5.4.1 Funciones de la Superintendencia Bancaria<sup>896</sup>. Aunque la Resolución número 2416 de 1997 no dice nada al respecto, podemos advertir que, conforme a sus funciones, la Superintendencia Bancaria podrá ordenar, a las sociedades de economía mixta del orden Nacional dedicadas a desarrollar actividades financieras, adelantar un proceso de capitalización, debido a la importancia que tiene el sector financiero para el desarrollo y sostenimiento

---

<sup>895</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-397 del 7 de septiembre de 1995.

<sup>896</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.7.5.

económico de nuestro país.

Asimismo, la Superintendencia Bancaria podrá y deberá aprobar no solo los procesos de capitalización que adelanten las sociedades de economía mixta del orden Nacional, dedicadas a desarrollar actividades financieras, sino también su presupuesto en cada vigencia fiscal, debido a que esta Superintendencia debe velar por la solidez económica de las instituciones que conforman el sector financiero Colombiano.

De acuerdo al artículo 1 del Decreto 2359 de 1993 (el cual se puede observar en capítulo referido), cuando las sociedades de economía mixta, que se dediquen a actividades financieras, desarrollen o tramiten un proceso de capitalización, ese proceso podrá ser vigilado por la Superintendencia Bancaria, debido a que estas compañías desarrollan actividades consagradas en el literal a) de la presente norma.

Podemos señalar, como funciones de la Superintendencia Bancaria, dentro del proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras, aparte de las anteriormente comentadas, las siguientes (las cuales están contenidas en el artículo 3 del Decreto 2359 de 1993, el cual fue adicionado y modificado por la Ley 510 de 1999 y los Decretos 1284 de 1994 y 28 de 1999):

*2. FUNCIONES RESPECTO DE LA ACTIVIDAD DE LAS ENTIDADES. En el desarrollo de la actividad de las entidades, la Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones:*

*(...)*

*i) Pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones bajo su vigilancia e impartir autorización para su aprobación por las asambleas de asociados y su posterior publicación, cuando a ello hubiere lugar;*

(...)

3. *FUNCIONES DE CONTROL Y VIGILANCIA.* La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de control y vigilancia:

(...)

b) *Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con la Ley.*

(...)

h) *De conformidad con el artículo 15 de la Ley 35 de 1993 la Superintendencia Bancaria vigilará dentro de su competencia legal los procesos de titularización que ejecuten las entidades sometidas a su control. En desarrollo de esta facultad la Superintendencia podrá disponer las medidas que sean indispensables para restringir las operaciones de titularización cuando las mismas puedan poner en peligro la solvencia de la institución o su estabilidad financiera, por estarse celebrando en condiciones que a su juicio no sean acordes con las del mercado, o porque impliquen la asunción de riesgos o responsabilidades que se califiquen como excesivos;*

(...)

4. *FACULTADES DE SUPERVISION.* La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:

a) *Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general;*

b) *Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de sus negocios, o de los aspectos especiales que se requieran;*

(...)

Como podemos observar, el papel de la Superintendencia Bancaria en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras, se limita a, conforme a su situación financiera, ordenar a las

compañías la necesidad de realizar un proceso de capitalización para tener una buena situación financiera que preserve la confianza del público en estas entidades y así evitar un proceso de capitalización. Estas funciones son mucho más claras frente a la capitalización de las utilidades que puedan ser producidas por estas compañías.

Las anteriores funciones de la Superintendencia Bancaria se ven un poco más claras en algunas disposiciones de la Ley 510 de 1999, entre las cuales encontramos la disposición contenida en el artículo primero, de la cual podemos extraer las siguientes, al ser la que más clarifica su papel en el proceso de capitalización:

*Artículo 1º. Modifícase el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de la siguiente forma:*

*1.1 Los numerales 1º, 4º y 5º, quedarán así:*

*1. Capitales mínimos de las instituciones financieras. Los montos mínimos de capital que deberán acreditarse para solicitar la constitución de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, serán de treinta y tres mil millones de pesos (\$33.000.000.000.00) para los establecimientos bancarios; de veinte mil millones de pesos (\$20.000.000.000.00) para las corporaciones de ahorro y vivienda; de doce mil millones de pesos (\$12.000.000.000.00) para las corporaciones financieras; de ocho mil quinientos millones de pesos (\$8.500.000.000.00) para las compañías de financiamiento comercial; de diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000) para las entidades reaseguradoras y aquellas entidades aseguradoras que efectúen actividades propias de las compañías reaseguradoras; de dos mil quinientos millones (\$2.500.000.000) para sociedades fiduciarias; de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) para las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones; de dos mil quinientos millones (\$2.500.000.000) para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, el cual se acumulará al requerido para las sociedades administradoras de fondos de pensiones, cuando la sociedad administre fondos de pensiones y de cesantías, y de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000) para las demás entidades financieras. En el caso de las entidades aseguradoras, con excepción de aquellas que tengan como objeto exclusivo el ofrecimiento del ramo de seguro de crédito a la exportación y aquellas que efectúen*

*actividades propias de las compañías reaseguradoras, el capital mínimo será de cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000.00), sin perjuicio del patrimonio técnico saneado que deban acreditar para operar en un ramo determinado, de acuerdo con las reglas que al efecto expida el Gobierno Nacional. Estos montos se ajustarán anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE. El valor resultante se aproximará al múltiplo en millones de pesos inmediatamente superior. El primer ajuste se realizará el 1º de enero del 2000, tomando como base la variación en el índice de precios al consumidor durante 1998, con el fin de mantener actualizado a valores constantes de 1998, las cifras absolutas mencionadas en el presente artículo.*

*Corresponderá al Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, fijar los capitales mínimos que deberán acreditar las instituciones financieras reguladas por normas especiales que se encuentren sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y las entidades aseguradoras que tengan como objeto exclusivo el ofrecimiento del ramo de seguro de crédito a la exportación.*

*(...)*

*5. Las entidades financieras que al entrar a regir la presente Ley no cumplan con los requerimientos mínimos adicionales de capital que se establecen por ella, deberán incrementar gradualmente su capital con el fin de ajustarse a dichos requerimientos en los siguientes plazos: tres (3) años en el caso de las compañías de financiamiento comercial, y dos (2) años en el caso de bancos, corporaciones de ahorro y vivienda, corporaciones financieras, sociedades fiduciarias y demás entidades a las cuales se refiere el numeral primero de este artículo. Corresponderá al Gobierno Nacional señalar los términos y condiciones dentro de los cuales deben producirse dichos incrementos graduales de capital.*

*Cuando una institución no acredite dentro del término señalado el capital mínimo requerido, deberá liquidarse, fusionarse o convertirse en cualquier otro de los tipos de institución regulados, siempre y cuando cumpla los requisitos de Ley para ese efecto. Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Bancaria pueda adoptar las medidas cautelares previstas en este Estatuto.*

Para concluir, tenemos que la Superintendencia Bancaria, si no encuentra que las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras cumplen con estos capitales mínimos de funcionamiento, puede llevar a cabo un proceso de toma de posesión de la entidad financiera. Por esta razón es que se hace

necesario que la Superintendencia Bancaria participe en el proceso de elaboración y aprobación del presupuesto de las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras, para que les advierta del riesgo que corren si no cumple los capitales mínimos y capitalizarse antes de ser objeto de una toma de posesión.

Asimismo, debemos señalar que, en los temas que no sean objeto de la Superintendencia Bancaria, el control, vigilancia o inspección de las sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras estará a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

17.5.4.2 Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos. Este tema es relevante puesto que la Ley 142 de 1994, en desarrollo de la Constitución Política de 1991, abrió la posibilidad de que los servicios públicos domiciliarios fueran prestados tanto por empresas públicas como por empresas privadas, y, por ende, por empresas que tengan capital tanto de particulares como del Estado, de acuerdo con lo señalado por el artículo 17 y el artículo 19.17 de dicha Ley.

Sin perjuicio de lo que será tratado en esta obra, consideramos que las empresas prestadoras de servicios públicos que tengan un capital mixto, es decir, que en su capital concurren recursos tanto públicos como privados, son sociedades de economía mixta, debido a que, en principio, y salvo por que se llaman distinto, los preceptos que las regulan son idénticos, así sea por Leyes distintas; aunque debemos ser claros que para la creación de empresas de servicios públicos mixtas no es necesaria una Ley que lo autorice.

No debemos desconocer, como lo señala la Sentencia C-953 de 1999, la cual ya fue citada en este Capítulo, que se está frente a una sociedad de economía mixta cuando la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares.

Las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos están contenidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. Dentro de estas funciones, podemos destacar las siguientes frente al control de las denominadas “empresas de servicios públicos mixtas”:

- a) “Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones” (Numeral 8 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994). Recordemos que la Superintendencia Bancaria también puede realizar esta función, que se vuelve supremamente importante si se mira frente a la capitalización de sus utilidades y a la necesidad de la continua prestación de los servicios públicos domiciliarios.
  
- b) “Supervisar el cumplimiento del balance de control, en los términos del artículo 45 de la Ley 142 de 1994” (Numeral 18 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994)

Como podemos concluir, las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos en el proceso de capitalización se derivan de su función de inspección, control y vigilancia, y buscan, en últimas, garantizar la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios, ya sean prestados por empresas públicas, privadas o mixtas.

17.5.4.3 Funciones de la Superintendencia de Sociedades<sup>897</sup>. Los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995 desarrollan las funciones de inspección, vigilancia y control, respectivamente. Podemos, entonces, señalar las siguientes funciones frente al proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

---

<sup>897</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.7.7.

- a) “La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades” (Artículo 83 de la Ley 222 de 1995). De esta información esta Superintendencia podría ordenar a las sociedades de economía mixta que realicen un proceso de capitalización para tener una buena situación económica.
- b) Artículo 84 de la Ley 222 de 1995. “La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la Ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

“Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

“a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;

“b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;



“c. No llevar contabilidad de acuerdo con la Ley o con los principios contables generalmente aceptados”.

Como podemos observar esta Superintendencia, en desarrollo de la vigilancia que puede realizar sobre las Sociedades de economía mixta, puede imponer las multas de las que trata el artículo 91 del Decreto-Ley 111 de 1996 cuando las Sociedades de economía mixta no remiten a tiempo los estados financieros, y por ende, cualquier otra información que sea solicitada sobre un pasado, presente o futuro proceso de capitalización de la respectiva compañía.

- c) Artículo 85 de la Ley 222 de 1995. “El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

“En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

“1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.

“2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.

“3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la Ley y al reglamento correspondiente.

(...)

“6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas”.

Esta disposición, en primer lugar, nos deja ver que la Superintendencia Bancaria y de Servicios Públicos, frente a las Sociedades de economía mixta dedicadas a actividades financieras y a la prestación de servicios públicos, según sea el caso, son las que deben ordenar los correctivos para subsanar situaciones críticas de orden financiero y autorizar los aumentos de capital que sean consecuencia de los respectivos procesos de capitalización.

En resumen, cuando quiera que se trate de sociedades que se encuentren sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, por incurrir en una cualquiera de las causales previstas en el Decreto 3100 de 1997, la Superintendencia de Sociedades imparte su autorización siempre que se vaya a producir una emisión de acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto y de acciones privilegiadas. Asimismo, si se trata de sociedades sometidas al control por medio de un acto particular y concreto, debe preceder la autorización para la emisión de acciones cualquiera sea la clase que se pongan en circulación.

Entonces, procedemos a resaltar su función de emitir conceptos sobre las materias de su competencia, para subrayar aún más su función de inspección, control y vigilancia sobre el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

*Concepto # 220-43347*

*Ref.: El acto de creación de una sociedad de economía mixta determina el funcionamiento de la misma.*

*Aviso recibo de su escrito radicado con el número 2001- 01- 080445 del 30 de agosto del año en curso, mediante el cual previa exposición de una serie de consideraciones en torno a su situación, consulta cuál sería el factor que determina el carácter Nacional, Departamental o Municipal de la sociedad de economía mixta que representa y el procedimiento para efectuar la*

*designación del gerente de la misma.*

*Sobre el particular, es pertinente comunicarle que a esta Superintendencia, en dos ocasiones, se ha acudido para los mismos fines a que su escrito alude y ya, mediante los oficios 220- 49391 de 21 de agosto de 1998 y 220-2565 de 17 de enero de 2000, cuya fotocopia anexo para su conocimiento, se ha proferido concepto acerca de la características y condiciones de las sociedades de economía mixta, particularmente de la sociedad referida, previo estudio de los documentos allegados en cada oportunidad.*

*No obstante lo anterior, tal como se advirtió en el último de los oficios citados, para absolver las dudas planteadas es preciso remitirse al acto – Ley, ordenanza o acuerdo- que haya creado o autorizado la constitución de la compañía, documento que por disposición legal debe contener las condiciones, el carácter de la compañía y la vinculación de la misma a algún organismo administrativo para efecto de la tutela que se debe ejercer (núm. 7 arts. 150 y 300; núm. 6 artículo 313 Constitución Política y 462 del Código de Comercio).*

*Así lo ha expresado la Corte Constitucional, sentencia C- 357 de 11 de agosto de 1994, cuando refiriéndose a las características de la Ley de creación de una sociedad de economía mixta del orden nacional, expresó que es "... una Ley en sentido formal, pues solo es Ley por su origen y su formación, y no por su contenido. Este contenido no es general y abstracto, sino particular y concreto.*

*Y por ser particular y concreto tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada (...). Tal Ley, en consecuencia, debe determinar asuntos como estos: la cuantía de los recursos públicos que se aportaran a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla (...)" (Resaltado fuera de texto), condiciones mínimas que además de constar en el documento de constitución deben desarrollarse en el contrato social, en los términos de la legislación mercantil.*

17.5.4.4 Funciones de la Superintendencia de Valores<sup>898</sup>. Las funciones de la Superintendencia de Valores en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta se referirán a ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control a las sociedades de economía mixta que competan a la Superintendencia

---

<sup>898</sup> En esta misma obra véase numeral 9.5.7.6.

de Valores, es decir, que sean emisoras de títulos valores. Si esta condición se da, entonces la Superintendencia de Valores estará facultada para:

- a) Autorizar la solemnización de las reformas estatutarias relativas a la reorganización de la sociedad, tales como la fusión, la transformación, la conversión de acciones y la disolución anticipada, así como la reducción del capital social cuando implique reembolso efectivo de aportes. Igualmente, aprobar los avalúos de los aportes en especie, según lo dispuesto por el artículo 6 numeral 7 del Decreto 1608 de 2000<sup>899</sup>.
- b) De la misma manera, la Superintendencia de Valores autorizará la oferta pública de valores sea en Colombia o en el extranjero, siempre y cuando este acorde con la Ley; y los programas publicitarios que proyecten llevarse a cabo para promover valores que se ofrezcan al público, cuando a ello haya lugar, según lo dispuesto por el artículo 1 numeral 5, 6 y 8 del Decreto 1609 de 2000<sup>900</sup>.

---

<sup>899</sup> DECRETO 1608 DE 2000, art. 6 "FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES RESPECTO DE LOS EMISORES DE VALORES. Además de las atribuciones que se le confieren en otras disposiciones, para efectos de cumplir con los objetivos de que trata el artículo 4° del presente Decreto, la Superintendencia de Valores tendrá sobre los emisores de valores a que se refiere dicho artículo las siguientes funciones:

(...)

7. Autorizar la solemnización de las reformas estatutarias relativas a la reorganización de la sociedad, tales como la fusión, la transformación, la conversión de acciones y la disolución anticipada, así como la reducción de capital social cuando implique reembolso efectivo de aportes. Igualmente, aprobar los avalúos de los aportes en especie".

<sup>900</sup> DECRETO 1609 de 2000, art. 1° "DELEGACION EN EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA EMISORES. Deléganse en el Superintendente Delegado para Emisores de la Superintendencia de Valores las siguientes funciones:

(...)

5. Organizar y llevar el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y velar por su permanente actualización y correcto manejo;

6. Resolver sobre las solicitudes de autorización de ofertas públicas de valores en el país, bien sean emitidos por entidades colombianas o extranjeras, con arreglo a las normas generales que al efecto se expidan por la Superintendencia, y teniendo en cuenta las condiciones financieras y económicas del mercado, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales respecto de los títulos a que refieren los artículos 18 del Decreto 1167 de 1980, 53 de la Ley 31 de 1992 y 111 numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

(...)

17.5.4.5 Funciones de otras superintendencias. No obstante que las anteriores Superintendencias son las más importantes en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta, podemos señalar que el resto de Superintendencias tendrán las mismas funciones generales que ya han sido señaladas anteriormente, es decir, las facultades de intervención en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta serán como desarrollo de las funciones generales de inspección, vigilancia y control de sus subordinadas.

**17.5.5 Papel del Ministerio Público en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta.** En este punto trataremos el tema de la intervención de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación, como supremo director del Ministerio Público, en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta. Dichas funciones, tanto las de la Contraloría General de la Nación como la de la Procuraduría General de la Nación, se encuentran, principalmente, en los Capítulos 1 y 2 del Título X de la Constitución Política de 1991.

17.5.5.1 Contraloría General de la República<sup>901</sup>. Los artículos 267 y 268 de la Constitución Política señalan cuáles son las funciones del Contralor General de la República. De ese listado de funciones podemos destacar las siguientes con respecto al proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) “Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse” (Numeral 1 del artículo 268 de la Constitución Política).

---

8. Autorizar los programas publicitarios que proyecten llevarse a cabo para promover valores que se ofrezcan al público, cuando a ello haya lugar.

<sup>901</sup>En esta misma obra véase “control fiscal” ubicado en el subcapítulo número 9.5.5, y “el control fiscal en las sociedades de economía mixta” ubicado en el subcapítulo número 15.7.1.

- b) “Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado” (Numeral 2 del artículo 268 de la Constitución Política).
- c) “Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación” (Numeral 4 del artículo 268 de la Constitución Política).
- d) “Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma” (Numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política).

Como podemos ver, las funciones de la Contraloría General de la República se refieren al control fiscal, **que es un control posterior y selectivo**. Por lo tanto, no tiene la obligación de intervenir en el proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta, aunque sí lo puede hacer debido a que dichas sociedades son entidades descentralizadas por servicios de la Administración Pública.

Ahora bien, en aplicación del control posterior y selectivo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal en las sociedades de economía mixta, de acuerdo con el porcentaje de participación accionaria del Estado, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 42 de 1993, el cual las incluye como sujetos de control al establecer lo siguiente:

*Artículo 2° Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la Ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las*

*personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.*

En concordancia con lo anterior, el artículo 20 de la Ley 42 de 1993 sujetó la vigilancia, de la participación del Estado en el capital social de las sociedades de economía mixta, a una evaluación de su gestión empresarial, conforme a los principios del artículo 8 de la Ley 42 de 1993. Dichos artículos establecen lo siguiente:

*Artículo 8° La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*

*La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración.*

*(...)*

*Artículo 20. La vigilancia de la gestión fiscal en las entidades que conforman el sector central y descentralizado se hará de acuerdo a lo previsto en esta Ley y los órganos de control deberán ejercer la vigilancia que permita evaluar el conjunto de la gestión y sus resultados.*

En este orden de ideas, los sujetos de control de la Contraloría General de la República se encuentran clasificados para la vigilancia fiscal en Contralorías Delegadas Sectoriales. Por esta razón, a continuación señalaremos cual es la división para efectos del control posterior y selectivo del proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta:

- a) Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional;
- b) Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario;
- c) Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad.
- d) Contraloría Delegada para el Sector Gestión Pública e Instituciones Financieras.
- e) Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía

Dichas Contralorías Delegadas ejercen el control fiscal a través de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, a los distintos sujetos de control y así, en el análisis al patrimonio de las sociedades de economía mixta se verifica que se cumpla con lo aprobado por la Asamblea General de Accionistas de la respectiva sociedad respecto del proceso de capitalización (Ejemplo: distribución de excedentes financieros y utilidades), y ello se realizará siempre y cuando sean seleccionadas dichas cuentas para realizar la correspondiente evaluación.

17.5.5.2 Procuraduría General de la Nación. La Procuraduría General de la Nación, y en especial el señor Procurador General, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política, posee la siguiente función dentro del proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta y, en general, dentro de cualquier procedimiento en el que sea parte una sociedad de economía mixta:

*“Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de*



*los derechos y garantías fundamentales”.*

De manera que, aunque es una función muy amplia, vemos que, como facultad que da el ejercicio del control posterior, el Procurador General no está obligado siempre a intervenir en los procesos de capitalización de las sociedades de economía mixta, y solamente intervendrá cuando sea necesario, es decir, cuando se necesite defender el orden jurídico, se defienda el patrimonio público o se busque defender los derechos y las garantías fundamentales. Dicha intervención puede ser en el mismo proceso de capitalización de las sociedades de economía mixta (como en el caso del artículo 91 del Decreto-Ley 111 de 1996 dentro del proceso de capitalización de las utilidades de las sociedades de economía mixta) o directamente ante las autoridades judiciales o administrativas, según fuese el caso.

#### **17.6 CAPITALIZACIONES EFECTUADAS EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA DEL ORDEN NACIONAL.**

En el cuadro que se presenta en la siguiente página se presentan los montos de las capitalizaciones efectuadas en o por las sociedades de economía mixta del orden Nacional durante las vigencias presupuestales de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002.

Cabe aclarar que dicha información fue solicitada a las propias compañías mediante el ejercicio del derecho de petición de solicitud de información consagrado en el Código Contencioso Administrativo, pero no todas las sociedades de economía mixta nos colaboraron con el suministro de dicha información (solo 9 sociedades de economía mixta atendieron en término y cabalmente nuestra solicitud).

Posteriormente, individualizaremos cada sociedad de economía mixta, señalando

lo que sucedió en esa misma vigencia fiscal y anotando quien las realizó (sector público o privado), quien la aportó (accionistas públicos o privados), la capitalización efectuada con las reservas y la variación porcentual en la que aumentó o disminuyó la participación de los socios. (Tabla 26)

**Tabla 26. Capitalizaciones efectuadas en las sociedades de economía mixta del orden Nacional**

SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	VIGENCIA PRESUPUESTAL (VALOR)				
	1998	1999	2000	2001	2002
ALMAGRARIO <sup>902</sup>					
ARTESANIAS DE COLOMBIA					
BANAGRARIO <sup>903</sup>					
BANCAFE <sup>904</sup>	73.044	190.00 0 600.00 0	270.000	259.880	124.961
BANCOLDEX <sup>905</sup>	101.768 <sup>906</sup>	-	-	-	-
BANESTADO					
BCH EN LIQUIDACIÓN.					
CENTRAL DE INVERSIONES S.A. <sup>907</sup>					
COFINPRO					
CORABASTOS <sup>908</sup>					
CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA <sup>909</sup>	NO	189'01 3	1226'09 8	NO	991'045

<sup>902</sup> En comunicación del 5 de marzo de 2003, el Secretario General y Jurídico de esta entidad, Sr. Alvaro José Tovar Reyes, nos solicita que alleguemos una certificación de la Universidad "acreditando" que somos estudiantes de la misma. La certificación expedida por la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana en la que consta que el presente trabajo es optativo para el título de abogado la enviamos vía fax el 21 de marzo de 2003, sin que a la fecha hallamos obtenido respuesta alguna".

<sup>903</sup> Comunicación de abril 28 de 2003, con el número 004478, firmado por la Gerente del Banco Agrario de Colombia.

<sup>904</sup> Comunicación recibida vía e-mail el 20 de marzo de 2003 por el Director de Planeación y Control Financiero.

<sup>905</sup> Comunicación de marzo 19 de 2003, bajo el número B-SEG 003485, firmado por el Secretario General (E)

<sup>906</sup> "En Asamblea extraordinaria de accionistas celebrada el 5 de agosto de 1998, se aprobó capitalizar el saldo de la cuenta de revalorización del patrimonio existente al 30 de junio de 1998, mediante la expedición de acciones (101.767.823) de valor nominal de mil pesos (\$1.000) cada una.

<sup>907</sup> Comunicación recibida vía e-mail el 1 de abril de 2003. Es pertinente aclarar que mediante el Decreto 1814 de 2000 se creó la nueva Central de Inversiones S.A., y, por esa razón, solamente se tienen los datos de las vigencias posteriores.

<sup>908</sup> Debido a la situación de huelga que atravesaba la entidad, no se pudo obtener la información a través del ejercicio del derecho de petición.

<sup>909</sup> Comunicación de marzo 21 de 2003, radicado No 1262 GE/057-OCI/CIAC, firmado por el Gerente de la CIAC S.A.

SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	VIGENCIA PRESUPUESTAL (VALOR)				
	1998	1999	2000	2001	2002
FEN <sup>910</sup>	NO	NO	NO	NO	NO
FIDUCIARIA LA PREVISORA					
FIDUCOLDEX <sup>911</sup>					
FIDUESTADO					
FINAGRO <sup>912</sup>	6,105,265,695				15,363,365,466
FINANCIERA FES					
FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS					
GRANAHORRAR					
IFI					
LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS					
SOCIEDAD HOTEL SAN DIEGO HOTEL TEQUENDAMA <sup>913</sup>	540.626.081.30	-	-	266.892.756.80	651.007.726.89

**17.6.1 Banco Agrario de Colombia.** En relación a esta sociedad de economía mixta es importante tener en cuenta la aclaración dada en la respuesta recibida de parte de su Gerente: "En cuanto a la capitalización de la entidad, es importante tener en cuenta que el Banco Agrario de Colombia S.A. es una Sociedad Anónima de Economía Mixta, del Orden Nacional, sujeto al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, con un capital social autorizado de \$160.000.000.000.00, y cuyo registro en la Cámara de Comercio quedó debidamente inscrito el día 28 de junio de 1999. A partir de esta fecha el Banco no

<sup>910</sup> Comunicación de marzo 20 de 2003, bajo el número SG.0832, firmado por la Secretaría General de dicha entidad.

<sup>911</sup> En comunicación del 8 de abril de 2003, la Gerente Jurídica y Administrativa de dicha entidad nos comunica que, debido a la confidencialidad de la información, hasta tanto no se allegue por parte de la Universidad Javeriana una certificación en la que conste que los autores de este trabajo cursan la especialización de Derecho Comercial, esta entidad no nos suministrará dicha información. La certificación expedida por la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana en la que consta que el presente trabajo es optativo para el título de abogado la enviamos vía fax el 10 de abril de 2003, sin que a la fecha hallamos obtenido respuesta alguna.

<sup>912</sup> Comunicación de marzo 26 de 2003, bajo el número 007332, firmado por el Presidente de la entidad.

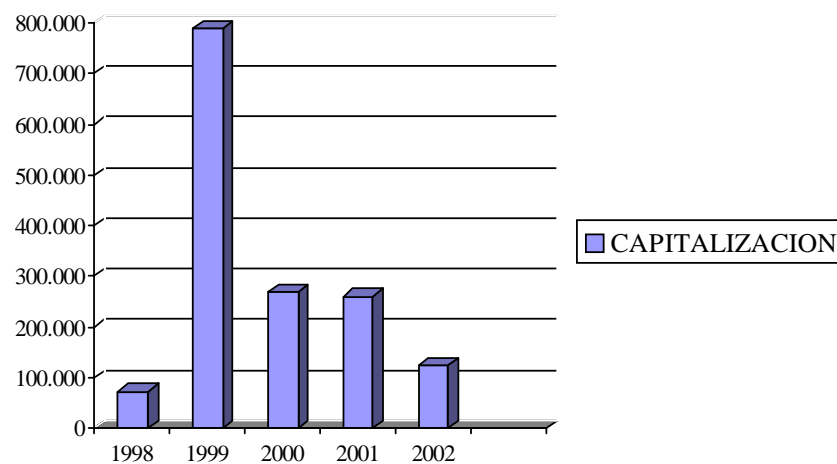
<sup>913</sup> Comunicación de abril 2 de 2003, radicado No 0249-HTAG, firmado por el Gerente General del Hotel San Diego S.A. Hotel Tequendama.

ha presentado ninguna capitalización adicional por parte de sus accionistas.”

**17.6.2 Bancafé.** Esta sociedad de economía mixta fue capitalizada en el año de 1998 por la Federación de Cafeteros. En el año de 1999 por la Federación de Cafeteros y por Fogafin, aportando el primero \$190.000 y el segundo \$600.000, como se aprecia en la tabla anterior, y los demás años (2000,2001 y 2002) fue capitalizada por Fogafin.

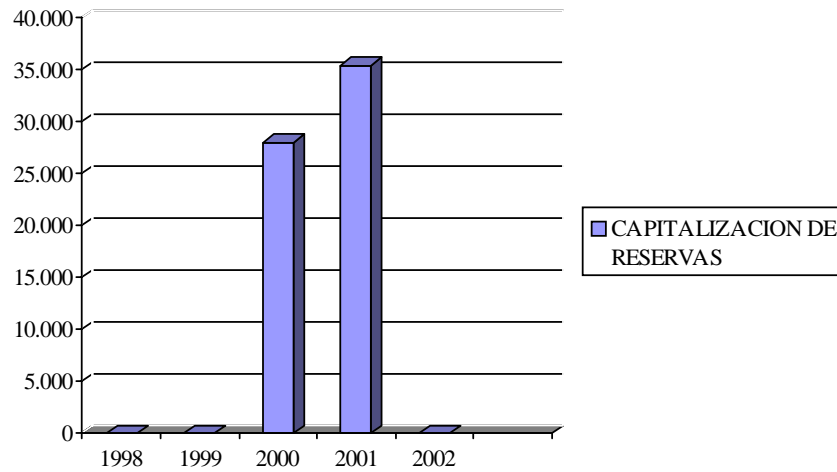
Gráficamente, la capitalización de esta sociedad se observa en la figura 12.

**Figura 12. Capitalización Bancafe. Período 1998-2002**



Las reservas fueron capitalizadas en los años 2000 y 2001, por una suma de \$28.028 y de \$35.438 respectivamente (Figura 13).

**Figura 13. Capitalización de reservas Bancafe. Período 1998-2002**



La participación porcentual de los socios (sector público y sector privado) durante los años en cuestión se observa en la tabla 27.

**Tabla 27. Participación porcentual de los socios (Público – Privado)**

Público	Privado
81,08%	18,9%
99,99997%	0,0%
99,999990%	0,0%
99,999998%	0,0%
99,999999%	0,0%

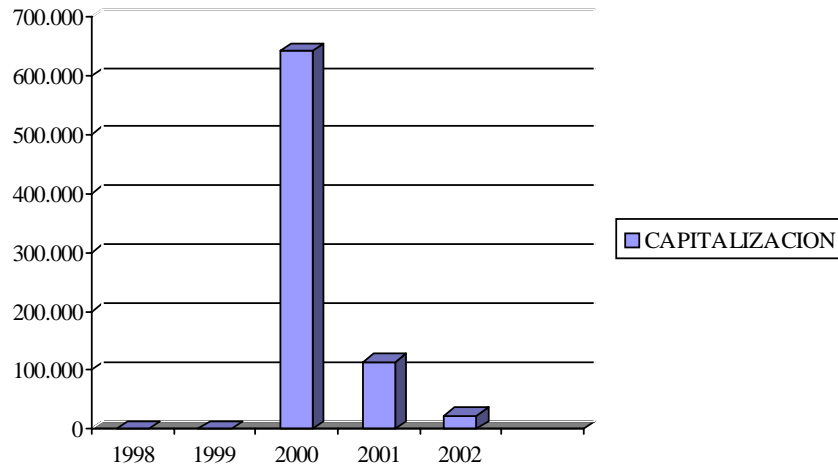
**17.6.3 Bancoldex.** En esta sociedad de economía mixta solamente se capitalizó en el año de 1998, manteniéndose igual la participación porcentual de los socios (sector público y/o sector privado).

**17.6.4 Central de Inversiones S.A.** Esta sociedad de economía mixta fue capitalizada durante los años 2000, 2001 y 2002, y todas las veces el aporte fue de FOGAFIN, su principal accionista, el cual pertenece al sector público. Durante ninguno de los años anteriores se capitalizaron reservas, y el porcentaje de participación de FOGAFIN varió con las capitalizaciones del 99.99998% al

99.99999%.

La gráfica de estas capitalizaciones se observa en la figura 14.

**Figura 14. Capitalización de reservas CISA. Período 1998-2002**

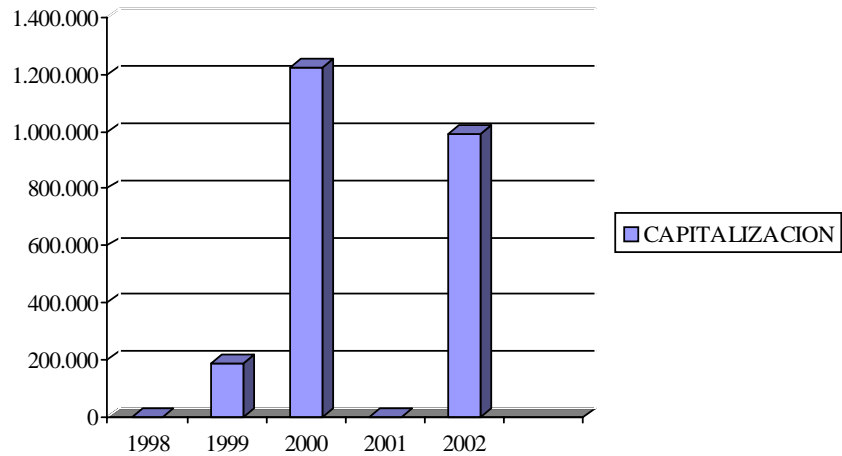


**17.6.5 Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana.** Esta sociedad de economía mixta fue capitalizada en los años 1999, 2000 y 2002. En los dos primeros años la capitalización fue hecha por los accionistas y por distribución de utilidades, y en el último año (2002) fue hecha solamente por distribución de utilidades. En cuanto al porcentaje que aportaron los socios (particulares y/o Estado) en esa capitalización es el siguiente: en los tres años en los cuales hubo capitalización el Estado aportó el 99.96% y *Ciac* aportó el 0.04%.

La participación porcentual de los socios se mantuvo igual durante todo el período objeto del presente estudio (1998- 2002).

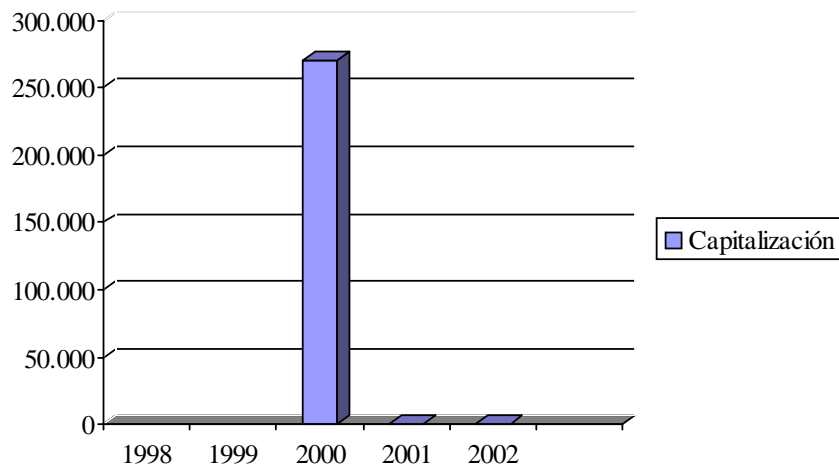
La descripción gráfica de dicha capitalización se observa en la figura 15.

**Figura 15. Capitalización CIAC. Período 1998-2002**



El monto en el que fueron capitalizadas las **reservas** en esos tres años fue el siguiente: en el año 1999 por valor de \$19.890 millones, en el año 2000 por valor de \$270.662 millones y en el año 2002 por valor de \$778 millones. Se ve así en la figura 16.

**Figura 16. Capitalización de reservas CIAC. Período 1998-2002**



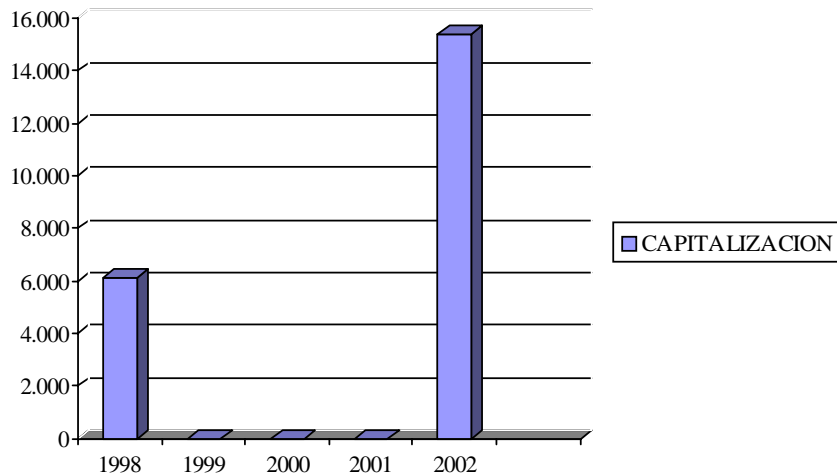
**17.6.6 Financiera Energética Nacional S.A.** Esta sociedad de economía mixta no fue capitalizada en ninguno de los años comprendidos entre 1998 y 2002, incluyendo estos dos.



### 17.6.7 Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO).

Esta sociedad fue capitalizada solamente en los años 1998 y 2002, en ambos casos tanto por el sector público como por el privado y también en los dos casos el 100% de los recursos provino de las utilidades de la entidad por el pago de dividendos en acciones. La participación de los dos sectores se mantuvo constante. Gráficamente se ve en la figura 16.

**Figura 16. Capitalización FINAGRO. Período 1998-2002**



**17.6.8 Hotel San Diego S.A. Hotel Tequendama.** La capitalización de esta entidad durante ese período se realizó en los años 1998, 2001 y 2002. Tanto el sector público como el sector privado aportaron para tal efecto en las siguientes cantidades (Tabla 28)

**Tabla 28. Capitalización Hotel San Diego S.A.**

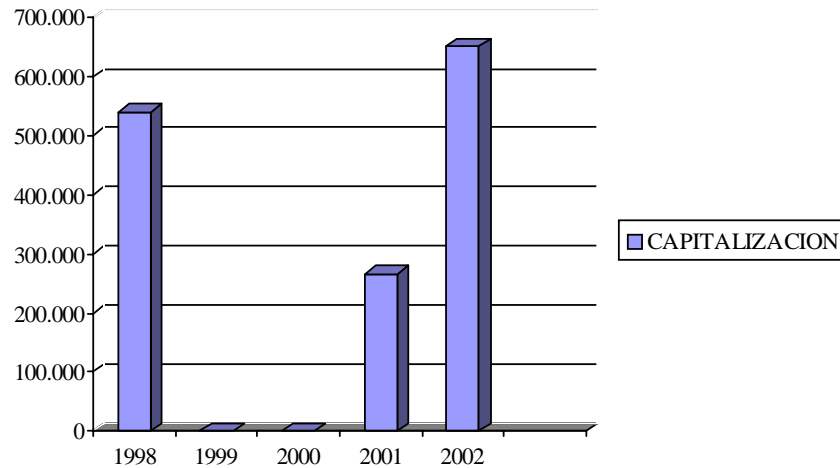
AÑO	PARTICULARES	ESTADO
1998	107.757.27	540.518.324.03
1999		
2000		
2001	41.600.88	266.851.155.92
2002	105.675.27	650.902.051.62

De los años anteriores, el único en el cual se capitalizaron las reservas fue el 2001, por un monto de \$231.246.145.30. La participación porcentual de los socios

no sufrió cambios en ninguno de los años.

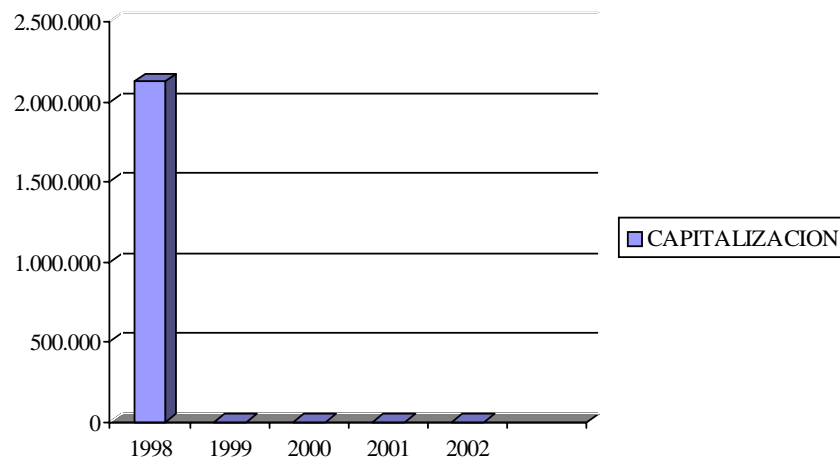
La gráfica de la capitalización se observa en la figura 17.

**Figura 17. Capitalización Hotel San Diego. Período 1998-2002**



**17.6.9 Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. (VECOL).** Esta entidad llevó a cabo una capitalización de reservas en los años 1998 y 2002 únicamente, por un valor de \$2.126.894 y de \$512, respectivamente. Gráficamente se observa en la figura 18.

**Figura 18. Capitalizacion Vecol. Período 1998-2002**



## **CONCLUSIONES GENERALES**

### **Regulación de las sociedades de economía mixta**

Es palpable la falta de cuidado que el Legislador tuvo al regular el tema de las sociedades de economía mixta, lo cual está reflejado en las importantes remisiones que la normatividad de nuestro país realiza, principalmente, al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, ya que en la actualidad la mayoría de las sociedades de economía mixta tienen una participación estatal igual o superior al noventa por ciento, lo cual implica que su régimen sea el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Las diferencias entre las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado (que según la Ley 489 de 1998 hacen parte del sector descentralizado por servicios de la administración Nacional) son evidentes. En primer lugar, su composición social es completamente diferente, puesto que la empresa industrial y comercial del Estado no tiene participación privada, y, en segundo lugar, la empresa industrial y comercial del Estado no responde a un interés asociativo de las entidades que componen al mismo, es decir, no tiene un *ánimus societatis* para su conformación.

### **Dispersión de la normatividad**

La legislación aplicable a las sociedades de economía mixta está dispersa en varias leyes y decretos; la Ley 489 de 1998 dedica tan solo un pequeño capítulo a estas entidades, el Código de Comercio, en sus artículos 461 al 468 regula aspectos societarios de las empresas mixtas, aunque de manera parcial; la Ley 80 de 1993, la Ley 142 de 1994, y el Decreto 661 de 2002 también establecen

algunas disposiciones sobre el régimen de las sociedades de economía mixta.

Es conveniente que la normatividad aplicable a las sociedades de economía mixta sea unívoca, completa y que regule ampliamente los aspectos más relevantes de este tipo societario. Por desgracia, la Ley 489 de 1998 aunque trató de regular a plenitud la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, al derogar los Decretos 1050 de 1968, 3130 de 1968, y en especial el Decreto Ley 130 de 1976, dejó por fuera muchos aspectos de importancia, los cuales consideramos que en la legislatura que comienza se deberían retomar.

### **La derogatoria del Decreto 130 de 1976 fue un desacierto**

Es importante tratar de establecer si realmente fue acertado derogar el Decreto 130 de 1976, a nuestro juicio, si bien en esta norma, así como en los Decretos antes citados, existían algunas incompatibilidades con las nuevas disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998, también es cierto que las normas derogadas tenían disposiciones valiosísimas que en estos momentos brillan por su ausencia. Nos referimos a los siguientes aspectos que fueron abandonados en la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de abarcar minuciosamente todo el contenido normativo del Decreto 130 de 1976 a saber: las corporaciones y fundaciones de participación mixta, la suscripción de acciones, el derecho de preferencia en la adquisición de acciones por parte de entidades públicas accionistas, los mecanismos aplicables cuando no mediare acuerdo en el precio y el plazo para la adquisición de acciones y la expropiación de acciones si a ella hubiere lugar, entre otros asuntos.

La actual normatividad que regula a las sociedades de economía mixta peca por simplista e incompleta. Nuestra conclusión es que necesitamos una nueva legislación muy concreta pero al mismo tiempo lo suficientemente amplia para

regular temas fundamentales como la elección de las juntas directivas, los representantes legales y los revisores fiscales.

### **Sociedades mixtas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**

Uno de los temas en donde precisamente existe un gran vacío legal se relaciona con las sociedades mixtas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en donde existen dos criterios opuestos en cuanto a la naturaleza de estas entidades. No es sano que en la actualidad la legislación no ofrezca una solución clara y precisa al respecto. Como hemos venido anticipando, son dos las tesis que giran alrededor del tema: La primera tesis sostiene que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en donde concurren capitales privados, y públicos iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%), son sociedades de economía mixta. En consecuencia estas entidades se encuentran vinculadas a un determinado Ministerio o Departamento Administrativo el cual ejerce control de tutela sobre la empresa, requieren dos actos jurídicos para su creación una autorización legal y la celebración de un contrato de sociedad, no tiene una naturaleza especial distinta a la de cualquier otra sociedad de economía mixta por razón del servicio que presta, pues la misma Ley dispuso que estas entidades puedan desarrollar actividades industriales y comerciales, entre ellas la prestación de un servicio público domiciliario. Es decir, una sociedad con participación accionaria mixta prestadora de servicios públicos no deja de ser una sociedad de economía mixta atendiendo a la actividad que desarrolla, pues lo que caracteriza y tipifica a estos organismos es precisamente la composición de capitales públicos y privados.

La segunda tesis asevera que estas entidades gozan de una naturaleza especial que la Ley 142 de 1994 denominó “empresas de servicios públicos mixta”, sujetas a dicho régimen legal y a las normas del derecho privado. Estas empresas son

una categoría especial creada por la Ley 142, no requieren una autorización legal para su creación, pues se entiende que la misma Ley 142 ya la otorgó. Además, no se encuentran vinculadas a la Administración, criterio que da por cierto que la Ley 142 de 1994 es una norma especial, y este tipo de normas tiene aplicación preferente a la ley general.

Pudimos observar a lo largo de nuestra investigación que este asunto ni siquiera está claro para los Ministerios, pues al preguntarles cuáles son las sociedades de economía mixta vinculadas a su Despacho, nos respondieron que varias empresas prestadoras de servicios públicos como Isa y Corelca gozaban de esta naturaleza, y para nuestra sorpresa estas entidades comparten la segunda posición a la que nos referimos y dan por sentado que la empresa ostenta una forma jurídica distinta a la de las sociedades de economía mixta.

### **Sociedades de economía mixta: impulsadoras de las políticas del Estado.**

Al ser las sociedades de economía mixta una forma de intervenir el Estado en la economía, se convierten en impulsadoras de las políticas de este en la medida que fomentan el sector privado y, por consiguiente, el desarrollo económico. En este orden de ideas no deben perder el horizonte empresarial en el que se desenvuelven, buscando estrategias que les permitan tener éxito bajo una planeación correctamente estructurada y ejecutada, con el objeto de gestionar eficientemente sus actividades internas y tomar decisiones sensatas en el mercado.

Cuando el Estado interviene, debe hacerlo en forma eficiente, y esto se logra desarrollando una planeación estratégica con un sistema de medición de rendimiento que permita conocer realmente el comportamiento de la organización

y si logra el nivel deseado de competitividad en la compañía, se va a impulsar no sólo el desarrollo de la región donde se encuentre ubicada, sino del país entero.

Las actividades que desarrollan las sociedades de economía mixta, están motivadas por un interés público y es así como entidades como el BCH o la Caja Agraria demuestran la importancia que tienen estas sociedades para el desarrollo del país; y así mismo hacen evidentes los riesgos que traen consigo al dejar de lado las políticas de competitividad de empresa.

Por ello consideramos que debe existir una clara coordinación entre las metas de fines de Estado que se pretenden realizar y las políticas de competitividad que se trabajen dentro de la sociedad de economía mixta, dado que no es posible pensar que los primeros se realicen sin mantener la viabilidad de la empresa en el mercado.

Las tantas peticiones que impulsamos dejan ver que la participación del Estado en el capital de las sociedades de economía mixta es mayoritaria y la participación del sector privado en estas entidades suele reducirse a la realización de aportes al capital y el control de la empresa generalmente se encuentra en cabeza del Estado. La ausencia de los particulares desnaturaliza el carácter “mixto” de este tipo de empresas y las razones de que esto suceda puede ser la falta de estímulos para que los particulares se involucren en el desarrollo de una actividad económica específica, la incapacidad del particular para responder a una determinada exigencia, o el interés que puede tener el Estado en mantener el monopolio de ciertas actividades.

Esto trae como consecuencia que la participación del sector privado se convierta en una ayuda económica para el desarrollo de una actividad concreta, más no en un cambio de los lineamientos que guían la empresa, dado que no es este sector el que la dirige, por lo cual las sociedades de economía mixta funcionan como

organizaciones públicas que aprovechan los recursos de los particulares para el desarrollo de los fines de Estado.

Una de nuestras propuestas es dar un mayor peso al sector privado en las sociedades de economía mixta, porque que si los particulares invierten habrá una mayor preocupación por no generar pérdidas, dado que sus recursos son limitados a la inversión, y no como ha venido sucediendo: los recursos de la Nación son ilimitados y, por esa razón, pueden ser despilfarrados.

### **Mecanismos de responsabilidad**

Si se tiene claro lo anterior, se comprende la relevancia que tienen los mecanismos de responsabilidad. El fracaso de muchas entidades de este tipo tiene su causa no solo en la indebida coordinación que se le ha dado al logro de los fines estatales con políticas de competitividad, sino de igual forma en los procesos de corrupción a los que se han visto expuestas estas entidades por parte de sus funcionarios.

La responsabilidad en estas sociedades enfrenta el inconveniente de la dispersión normativa, debido a la combinación que existe entre régimen público y privado. Es probable que aunque se defina claramente el régimen de responsabilidad, este no pueda aplicarse. Un ejemplo claro se encuentra en el caso del control de tutela que ejercen los ministerios o departamentos administrativos el cual está descrito en términos tan amplios que no es posible precisar en que caso no se está cumpliendo con él de forma debida.



## **La política y la administración de las sociedades de economía mixta**

El estudio realizado reveló la inexistencia de criterios para la escogencia, remoción y remuneración de los miembros de los órganos sociales de las sociedades de economía mixta, además de la carencia de los mismos para el ejercicio y desempeño de las funciones de los respectivos órganos sociales.

Los propósitos del Gobierno en cuanto a los criterios aplicables al momento de elegir los agentes del Estado son loables en la medida que intentan dar mayor incidencia y aplicación al principio de transparencia en la gestión administrativa; sin embargo, y como lo da a entender la calidad de las respuestas a los derechos de petición interpuestos por los autores de la presente investigación, especialmente los referentes a este punto, tales directrices no están siendo practicadas a nivel de las sociedades de economía mixta. Las respuestas de las entidades se restringen a las normas comunes (Código de Comercio y Ley 489 de 1998 especialmente) que no reglamentan con profundidad los criterios a tener en cuenta para evaluar la idoneidad, transparencia y capacidad de los funcionarios directivos.

Sólo en el caso de las entidades vinculadas al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se especifica: *“al momento de tomar decisiones sobre el particular se estudiarán para cada caso las correspondientes hojas de vida que determinen la idoneidad de quien se elija”*, y en las del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que preceptúa: *“en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos-; y la función administrativa debe desarrollarse con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y atendiendo el interés general; y conforme a las directivas sobre transparencia de la gestión pública impartidas por el Gobierno Nacional”*

El actual Gobierno ha avanzado en corregir los vacíos existentes sobre este tema con la expedición de la Directiva Presidencial No. 10 del 20 de agosto de 2002, haciendo explícito el llamado hacia la transparencia, responsabilidad y adecuado ejercicio de las funciones encomendadas a los agentes del Gobierno. Pese a ello, la realidad desborda las formulaciones teóricas puesto que por varias décadas se han arraigado prácticas de corrupción y el pago de favores políticos en el diseño orgánico y estructural de las entidades del Estado, así como en la escogencia de los administradores y los revisores fiscales.

Las respuestas de los Ministerios revelan la falta de conocimiento de las Directivas Presidenciales y por ende la inaplicación de las mismas en las entidades sobre las cuales esos ministerios ejercen control. Uno de los caminos más viables para remediar la situación descrita es la implementación de los Códigos de Buen Gobierno por parte de las entidades que conforman la administración pública.

Las prácticas del buen gobierno son indispensables para la viabilidad de las sociedades de economía mixta ya que mediante su buen manejo se puede lograr una mayor valorización y productividad de la empresa. Estas prácticas son necesarias para promover la inversión en este tipo de sociedades de modo que lleguen a tener un alto nivel de competitividad en el mercado; un ejemplo reciente de implementación de prácticas del buen gobierno en sociedades de capital mixto en nuestro país es el caso de ISA, empresa de servicios públicos mixta, cuyos socios están trabajando en *“el Código de Gobernabilidad Corporativo, en el que esperan profundizar las prácticas de transparencia y manejo democrático de la sociedad”*

Aunque se han hecho intentos de “códigos del buen gobierno” en algunas sociedades de economía mixta, los manuales de ética, y códigos de valores son aproximaciones positivas a la conformación de un código de este tipo, sin embargo éstas no satisfacen los principios y criterios del gobierno corporativo. En

el caso de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana CIAC, el manual se limita al cumplimiento de sus deberes bajo ciertos requisitos de calidad por parte de los trabajadores, dejando a un lado la gestión gerencial y administrativa de la compañía que tiene la mayor incidencia en el funcionamiento de la sociedad.

Por otra parte, las prácticas de buen gobierno corporativo que realiza el Fondo Nacional de Garantías, están implícitas en otros ordenamientos cuyas disposiciones hacen referencia a tales prácticas, como el Código de Comercio, la Ley 222 de 1995, entre otras. En este caso, se haría necesario compilar las disposiciones en un código que las precise y regule expresamente con el fin de garantizar una recta gerencia, el derecho de los socios o accionistas, las responsabilidades de la junta directiva, la fluidez de la información y las relaciones con los grupos de interés.

El camino hacia la transformación del funcionamiento del Estado en pro de la transparencia y eficiencia es arduo y es responsabilidad de cada uno de los funcionarios de la administración y de la ciudadanía en general, es por esto importante que las entidades centralizadas y descentralizadas implementen las formulaciones dadas por el Gobierno Central y asimismo adopten regulaciones internas a favor de la gobernabilidad corporativa.

Lo anterior es el punto de partida para lograr un adecuado manejo de los recursos que el Estado administra a través de sus entidades y de esta manera evitar el desangre fiscal al que se ha visto sometido el país a lo largo de su historia.

### **El cambio que conduzca hacia un manejo eficiente de sus recursos económicos**

Los resultados de la presente investigación en cuanto al manejo económico de las sociedades de economía mixta demuestran que, salvo unas muy contadas

excepciones, una vez constituida la compañía no se busca la administración eficiente de sus recursos, sino que el Estado se haga cargo de las pérdidas y descapitalizaciones. En el periodo objeto de estudio, se puede observar que el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO) fue la única sociedad de economía mixta<sup>914</sup> que repartió dividendos durante la mayor parte de los años comprendidos en el estudio. Las demás sólo lo hicieron ocasionalmente, no obstante que las sociedades de economía mixta en gran medida hayan producido tímidas utilidades en los últimos años del estudio y que no alcanzan para compensar las pérdidas sufridas, las cuales predominaron en los años 1998 al 2000, siendo el peor el año 1999.

Esta costumbre tiene como consecuencia dejar el mando de las sociedades de economía mixta a la deriva de la administración pública, con la consecuencia de que las sociedades de economía mixta en el orden Nacional son mayoritariamente asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, es decir, sociedades en las cuales el Estado tiene una participación en su capital social mayor al 90%, lo que no permite desarrollar sus propósitos y sus propias estrategias sin contar con una participación directa de la administración pública que se puede traducir, en la mayoría de los casos, en no priorizar la obtención de utilidades y la suficiencia económica por llevar a cabo políticas de corto plazo que pasado el

---

<sup>914</sup> Es menester señalar en este punto la falta de colaboración de algunas sociedades de economía mixta con el desarrollo de la presente investigación, bien sea por las trabas que pusieron, la negativa a dar respuestas concretas, el escudarse en las normas que permite la reserva de algunos datos y documentos olvidado por el desconocimiento de las normas que regulan el derecho fundamental de petición ante entidades públicas (como lo son las sociedades de economía mixta), o por la falta de respuesta, condición última que se hizo palpable principalmente con los temas económicos.

Lastimosamente esta falta de colaboración da pie para concluir que hay un cierto temor (que afortunadamente no parece ser generalizado) dentro de algunas sociedades para no evidenciar (en mayor o menor grado) la falta de estrategias tendientes a lograr empresas eficientes, transparentes, con criterios claros de selección de administradores, personas o entidades de control, planta de personal, estrategias empresariales, autosuficiencia económica, planes de refinanciación de su capital social y, principalmente, participación activa del sector privado en el manejo de la entidad.

tiempo (y las administraciones elegidas popularmente) son cambiadas por otras y así sucesivamente.

Igualmente ha sido coadyuvado por la concepción que han tenido las sociedades de economía mixta dentro de la jurisprudencia y la doctrina en nuestro país como compañías que no necesariamente deben obtener utilidades, es decir, que la generación periódica de utilidades no es determinante o esencial para este tipo de empresas, lo cual, para los particulares que deseen invertir en ellas, no es llamativo ni atractivo, generando un abandono de los últimos en las inversiones que realizan en las sociedades de economía mixta.

Si bien es cierto que las sociedades de economía mixta en un principio fueron empresas de las cuales el Estado en cierta forma quiso “deshacerse”, es decir, empresas dedicadas a negocios y esfuerzos que no eran primordiales para la administración pública, hoy en día esa concepción ha de ser otra porque sus actividades hacen parte de lo que se conoce como “Estado social de derecho”, y las sociedades de economía mixta son herramienta importante en su consolidación.

Pero esta no es razón suficiente para que el Estado se encargue de su administración, entendida como la generación y planeación de políticas de sostenibilidad financiera, lo que incluiría la obtención de utilidades, repartición de dividendos, constitución de reservas, capitalizaciones de aportes, reservas y dividendos, obtención de empréstitos, entre otras.

Si la teoría del Estado social de derecho fuese suficiente para justificar que hoy en día las sociedades de economía mixta sean (y hayan sido en los últimos años con casos como los ya anotados) focos de corrupción, ineficiencia y desgreños administrativos, así como en la politización de sus directrices, volviéndose focos de favorecimientos políticos o de campañas frustradas para elecciones a

organismos populares, y desmotivando la participación de los particulares, desde estas líneas no se haría un llamado por un cambio normativo o de concepción de las sociedades de economía mixta, sino se pediría la extinción del actual modelo, dándole a los particulares y al Estado la posibilidad de asociarse basándose integralmente en los modelos que el Código de Comercio diseñó para las sociedades en las que no se responde sino con el capital aportado para la creación de las compañías.

Pero esta no es la solución que la actual administración pública desea darle a este tipo de sociedades. Un ejemplo de ello es la recientemente sancionada Ley 819, *“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”*, Ley que tuvo iniciativa gubernamental (fue presentada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, Dr. Juan Manuel Santos, el 3 de abril de 2002, y como Proyecto de Ley tuvo los números 203 de 2002 Cámara y 159 de 2002 Senado) y en la cual se señala que los proyectos de presupuesto de las entidades con régimen presupuestal de empresas industriales y comerciales del Estado dedicadas a actividades no financieras y sociedades de economía mixta asimiladas a estas deberán ser consistentes con lo establecido en los literales a), b) y c) del artículo 1º de dicha Ley, literales estos que ordenan tener un marco fiscal de mediano plazo que contenga como mínimo el Plan Financiero contenido en el artículo 4º de la Ley 38 de 1989, modificado por el inciso 5 del artículo 55 de la Ley 179 de 1994, un programa macroeconómico plurianual y las metas de superávit primario a que hace referencia el artículo 2º de dicha Ley, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad.

Entonces, como se puede apreciar, por más de que el Estado busque normas que permitan un mejor manejo de los recursos económicos en las sociedades de economía mixta, es palpable que el mismo Estado está haciendo un reconocimiento hacia el actual modelo de sociedades de economía mixta, modelo

que se asemeja más al de las empresas industriales y comerciales del Estado y no a verdaderas sociedades en las cuales los sectores públicos y privados se unan para llevar a cabo los fines que persigan mediante la creación de una sociedad.

Mientras el Gobierno y el Legislador no tomen conciencia que las sociedades de economía mixta son motores de desarrollo social que pueden ser manejadas eficientemente, con el concurso de administraciones idóneas para ello, con metas y planes de autosostenibilidad a largo plazo, el sector privado no estará interesado en formar parte de dichas empresas, puesto que no es atractivo querer pérdidas en las sociedades que invierte, dado que el fin de los particulares al crear una empresa es la obtención de ganancias traducidas en dividendos, lo que parece ser no ha sido entendido por el Legislador, la jurisprudencia y las personas que dentro del Gobierno trazan las políticas de las sociedades de economía mixta (como por ejemplo el CONPES), siendo estos últimos quienes deberían tener una mayor “responsabilidad fiscal” frente a las sociedades y a sus socios particulares por la demora y la falta de planeación en las decisiones económicas, de planta de personal o administrativas, entre otras, que afectan el funcionamiento, las metas, las proyecciones y en general el devenir de las sociedades de economía mixta.

Como está visto que el Estado se aferra al modelo de insuficiencia económica que impera en las sociedades de economía mixta, y así no se aferrase a él, consideramos sano que la autorización para que el Estado o las entidades territoriales participen económicamente en dichas sociedades debe seguir siendo dada por los organismos de elección popular, es decir, por el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, pero dentro de las normas establecidas para la aprobación de las respectivas leyes anuales de presupuesto y no mediante leyes específicas, es decir, sin que se puedan modificar los montos que la Nación pretende entregar para la constitución del capital social de la compañía a crearse sin previa autorización de quien tiene su

iniciativa. Esto implicaría que la creación de las sociedades de economía mixta y la participación en el capital social del Estado debe ser por una decisión de Gobierno, y no promovida por los bajos y abundantes intereses ocultos que se mueven en dichos órganos de elección popular, lo que ha contribuido a su ineficiencia, falta de competitividad y a su falta de transparencia en su manejo, lo que en la mayoría de los casos las han llevado al fracaso.

No obstante las advertencias ya señaladas, se debe procurar porque en el modelo colombiano de sociedades de economía mixta, con el transcurso del tiempo, no se abandone el compromiso con la compañía por parte del Estado, en especial en periodos de crisis, aprovechados por los particulares, comprando acciones de alto valor intrínseco por el simple valor nominal, apropiándose para sí las utilidades no repartibles y las valorizaciones acumuladas con detrimento patrimonial de la Nación y con gravísimo y ulterior perjuicio, porque al modificarse la estructura de poder, el grupo mayoritario asume la administración, se desinteresa por el logro de los propósitos estatales que justificaron la constitución de la compañía originariamente y promueven la liquidación para percibir utilidades de maravilla y dar al traste con un esfuerzo de 20 y 30 años. El caso más representativo es el de los Fondos Ganaderos, suficientemente diagnosticado por la Superintendencia de Sociedades, y oportunamente advertido ante el Ministerio de Agricultura, y abandonado por el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Hacienda, para felicidad de los inversionistas de última hora, y en perjuicio de las regiones y pequeños ganaderos.

### **Llamados de atención**

Es por todo lo expuesto que se hace un llamado al Gobierno para que sea consciente de la importancia de estas sociedades para el país y establezca mecanismos que permitan la eficiencia de la empresa partiendo de una planeación



estratégica inicial que guíe el desarrollo de los negocios en un ambiente de cooperación entre el sector público y privado.

Al mismo tiempo es necesario hacer un llamado de atención a nuestro Congreso, pues teniendo a su cargo la misión de ejercer el denominado Control Político sobre las sociedades de economía mixta, observamos que el tema no es claro dentro de esa Corporación. Algunas Comisiones Constitucionales nos confirmaron que en los últimos cinco años no han recibido información de las sociedades de economía mixta ¿Por qué no se está haciendo un control efectivo a las entidades descentralizadas?, ¿Por qué tiene que esperarse a que se destapen los grandes escándalos por corrupción dentro de las empresas estatales para que se tomen medidas a última hora? El control político arrojaría resultados óptimos, no solo si el Congreso fuera más diligente, sino también, cuando los representantes de las empresas mixtas se vean obligados a enviar a las Comisiones Constitucionales información relacionada con la administración de la entidad, de manera oportuna y periódica. Solo así podrá constatarse que estas empresas tienen un buen funcionamiento y que están cumpliendo con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la función administrativa.

De igual manera, se hace indispensable unificar los criterios de responsabilidad aplicables tanto a las sociedades de economía mixta como a todos aquellos que de una u otra manera intervienen en éstas, ya que la dispersión normativa y los regímenes duales aplicables (privado y público), no permiten claridad al respecto y por el contrario crea un ambiente de irresponsabilidad en su manejo que deriva en que desafortunadamente personas sin la preparación académica y profesional adecuada entren a dirigir éstas instituciones que se proyectan como ejes fundamentales del desarrollo de las políticas del Estado Social de Derecho.

## **Una nueva concepción de Estado**

La figura de las sociedades de economía mixta así como las demás entidades descentralizadas del Estado pueden llegar a ser un motor de desarrollo para el país tanto a nivel económico como social en la medida que se logren las finalidades estatales. Una normatividad sin vacíos y una nueva mentalidad por parte del Gobierno en cuanto al manejo adecuado que debe dar a las entidades que dirige, aunada a la colaboración y participación del sector privado, es la fórmula ideal para que las empresas estatales tengan éxito.

Es cierto que las entidades pertenecientes a la administración a través de los últimos años han sido ejemplo de ineficiencia y corrupción; el Estado, al no establecer políticas y regulaciones claras que permitan una mayor transparencia y efectividad en el logro de sus objetivos, ha sido negligente y permisivo, por lo tanto hacia el futuro están planteados grandes retos que tienen como punto de partida una nueva concepción de Estado fundamentada en la intervención y cooperación de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad encaminada a la consecución del Bien Común.

## BIBLIOGRAFÍA

ARANGO, Mejía Jorge. Derecho Civil Personas. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1991.

ARAUJO, Luis Alberto y Martínez, Néstor Humberto. Tesis de Grado: Asamblea General de Accionistas (con doctrinas de las Superintendencias de Sociedades y Bancaria). Bogotá: Librería Fuente Jurídica, 1979.

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de Derecho administrativo General. 1º Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999.

----- . Elementos de Derecho Administrativo Disciplinario en Colombia. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1996.

----- . Elementos de Derecho Administrativo General. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999

BARGALLÓ, Santiago. Consideraciones iusfilosóficas en torno del interés social. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997

BECAITZ, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos. Segunda edición. Buenos Aires: Edit Depalma, 1980.

BERMÚDEZ GOMEZ Hernando, Apuntes sobre la Revisoría Fiscal, el revisor fiscal y sus suplentes. Primera Edición, 1999.

BOTTOMLEY, Arthur. Uso y abuso de los Sindicatos. México: Editorial Trillas S.A., 1963.

BRUNETTI, Antonio. Tratado del derecho de las sociedades. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960.

BUSTAMANTE, Alvaro. Derecho Administrativo Colombiano. Medellín: Editorial Jurídica de Colombia, 1994.

CABALLERO SIERRA, Gaspar. Las entidades descentralizadas en el derecho administrativo. Bogotá: Ed. Temis. 1972.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. ¿Es usted miembro de Juntas Directivas?. Conozca sus responsabilidades. Bogotá, 1997.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Comunicación No. 18473, de fecha

octubre 5 de 1988.

-----, Doctrina mercantil, 1989.

CÁMARA, Héctor. Derecho Comercial. Vol. III, p. 400.

CÁMARA, Héctor. Sociedades de economía mixta. Buenos Aires: Edit. Ediciones Arayú, 1954, p. 94.

CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1998.

CANTILLO VAZQUEZ, Ignacio y otros. Procesos de disolución y liquidación de sociedades comerciales. Editorial Legis, 1999.

CHARRY, Juan Manuel. "Sociedades de economía mixta y estructura del Estado". Universitas Número 90, año 1996. p. 145-151.

CÓDIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA.

CÓDIGO DE COMERCIO.

CONFECÁMARAS. Programa sobre Principios de Corporate Governance de la OECD.

CONGRESO DE GUATEMALA. Decreto 2-70.

CONSEJO DE ESTADO, 18 de Noviembre de 1970 Anales, t. XL. En el mismo sentido. Bogotá.

-----, Concepto 848 del 31 de julio de 1996. Bogotá.

-----, Concepto No. 848 de Julio 8 de 1996. Bogotá.

-----, Sala de Consulta y Servicio civil. Consulta 732 del 3 de Octubre de 1995. Bogotá.

-----, Sala de consulta y servicio civil. 22 de abril de 1977, Anales, t. XCII. Bogotá. Radicación 1137.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta No. 1074 del 4 de marzo de 1998.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. Bogotá.

-----, Sección Cuarta. 30 de marzo de 2001. Expediente 10093. Bogotá.

-----, Sección Cuarta. 7 de septiembre de 2001. Bogotá.

-----, Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2000. Bogotá. Radicación 9848.

-----, Sección primera. Sentencia del 18 de Junio de 2001. Bogotá. Radicación No. 11001-03-24-000-1999-5691-01(5691).

-----, Sección primera. Sentencia del 20 de Agosto de 1987. Bogotá.

-----, Sección tercera. Sentencia de Agosto 13 de 1987, Exp 4145. Bogotá.

-----, Sentencia AUC-789. 5 de agosto de 1995. Bogotá.

-----, Sentencia de mayo de 1975. Bogotá.

-----, Sentencia del 18 de febrero de 1999. Bogotá.

-----, Sentencia del 2 de marzo de 1993. Bogotá.

-----, Sentencia del 2 de noviembre de 1960. Bogotá.

-----, Sentencia del 22 de octubre de 1971. Bogotá.

-----, Sentencia del 28 de Noviembre de 1987. Bogotá.

-----, Sentencia del 28 de Octubre de 1976. Bogotá.

-----, Sentencia del 5 de agosto de 1994. Bogotá.

-----, Anales, t. LXII, p. 594 y ss.

#### CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. El nuevo Control Fiscal en Colombia: normas constitucionales y legales. 1994.

-----, La ruina de la Banca Estatal. Bogotá, 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 095 del 18 del 1998. Bogotá.

-----, Sentencia C – 319 de 1996. Bogotá.

-----, Sentencia C – 341 del 1996. Bogotá.

-----, Sentencia C – 417 del 1993. Bogotá.

-----, Sentencia C – 427 de 1994. Bogotá.

-----, Sentencia C – 430 de 4 del 1997. Bogotá.

-----, Sentencia C – 586 del 1995. Bogotá.

-----, Sentencia C – 840 de 2001. Bogotá.

-----, Sentencia C- 086/95. Bogotá.

-----, Sentencia C- 1108 de 2001. Bogotá.

-----, Sentencia C- 479/92. Bogotá.

-----, Sentencia C- 606 del 1992. Bogotá.

-----, Sentencia C- 953 del 1999. Bogotá.

-----, Sentencia C–167 del 1995. Bogotá.

-----, Sentencia C-290 del 16 de junio de 1997. Bogotá.

-----, Sentencia C-449/92. Bogotá.

-----, Sentencia C-479 del 1992. Bogotá.

-----, Sentencia C-530 de 2000. Bogotá.

-----, Sentencia C-780 del 25 de junio de 2001. Bogotá.

-----, Sentencia del 4 de marzo de 1998. Exp. D 1787. Bogotá.

-----, Sentencia C- 780 del 25 de junio de 2001. Bogotá.

-----, Sentencia del 4 de marzo de 1998. Sentencia C- 538 del 23 de Octubre de 1997. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 620 del 1996. Bogotá.

-----, Sentencia T- 124/93. Bogotá.

-----, Sentencia T-540 del 1992. Bogotá.

----- . Sentencias C-529 y C-574 del 1993. Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral Septiembre 28 de 1988. Bogotá.

----- . Sala de Casación laboral. Abril 26 de 1990. Bogotá.

----- . Sala de casación laboral. Abril 3 de 2000. Bogotá.

----- . Sala de casación laboral. Diciembre 10 de 1993. Bogotá.

----- . Sala de Casación Laboral. Julio 9 de 1993. Bogotá.

----- . Sala de Casación Laboral. Junio 7 de 1989. Bogotá.

----- . Sala de casación Laboral. Marzo 12 de 1993. Bogotá.

----- . Sala de casación laboral. Marzo 5 de 1999. Bogotá.

----- . Sala de Casación Penal. Sentencia de Mayo 19 de 1999. Bogotá.

----- . Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de Junio de 1997. Bogotá.

----- . Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 29 de 2000. Bogotá.

----- . Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 1975. Bogotá.

----- . Sentencia de agosto 21 de 1939, gaceta judicial XLVIII. Bogotá.

----- . Sentencia de casación de septiembre 2 de 1977. Bogotá.

----- . Sentencia de casación del 10 de septiembre de 1986. Bogotá.

CORTÉS, Omar A. y ROJAS, Martha. Por qué fracasan y/o se transforman las empresas en Colombia? Caso "Acerías Paz del Río S.A.". Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Departamento de Administración de Empresas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Edit. Legis. 2001.

DE GREGORIO, Alfredo. Los balances de las sociedades anónimas, traducción de la 2ª edición italiana por Francisco Bobadilla y Julio H. Cassé. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950, núm. 121.

Decreto 1486 de 1999.

Decreto 1972 de 2002.

Decreto 861 de 2000.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Instructivo de excedentes financieros y utilidades de las Empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. Documento DIFP-SPSD-07. Bogotá D.C., marzo de 2001. Página 2. Diario Oficial No. 30138 de 1959.

DIARIO EL TIEMPO. Artículo " Primer pleito de Londoño". 3 de julio de 2002.

----- . Artículo "Qué ganó y que perdió el país". 29 de junio de 2003.

DONAHUE, John D. La Decisión De Privatizar: fines públicos, medios privados, Argentina: Editorial Paidós, 1991.

DU FAU, Jean. Les Empreses Publiques. París: Ed. De Lactualité Juridique, 1973.

ECCLES, Robert G. Manifiesto sobre la medida del rendimiento: Harvard Business Review (Cómo medir el rendimiento de la empresa). España: Ediciones Deusto, 1999.

EL SALVADOR. Decreto 1671.

ESCUTTI, Ignacio. Receso, exclusión y muerte del socio. Buenos aires: Edic. Depalma, 1978.

ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL.

FIERRO, Méndez. Sociedades (Legislación, Conceptos y doctrinas). Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997.

FONTANARROSA, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentina - Parte General. T.I. 6 ed, revisada y ampliada. Buenos Aires: Victor P. Zavalía, Editor, 1979.

FRIEDMAN, Milton y Rose. La libertad de elegir. Nueva York: Editorial Grijalbo, 1980.

GACETA CONSTITUCIONAL. Números: 59, 61, 62, 64, 71, 78, 109, 112, 113, 114 y 120

----- . Números: 59, 61, 62, 64, 71, 78, 109, 112, 113, 114, 120.



GACETA DEL CONGRESO. Año II, No. 145, mayo de 1993.

GARCÍA CHADID, Jaime. La sociedad de economía mixta. Bogotá: Tesis Pontificia Universidad Javeriana, 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo II. España: Editorial Civitas, 1998.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, Las sociedades en el nuevo código de Comercio. Tercera edición. Editorial Temis, 1984.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo régimen societario. Tomo II. Ediciones Librería del Profesional, 1998.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso. Delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. La Función Pública en Colombia. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1985.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Defensa del usuario y del administrado. Primera edición colombiana. Medellín: Editorial Dike, 1998.

HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia. Bogotá D.C.: Legis, 1999.

HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. La forma de Estado en Colombia. Bogotá D.C.: Legis, 2000.

<http://www.cnv.gov.ar/Sanciones/resolucion13416.htm>

<http://www.confecamaras.org.co/>

<http://www.isa.com.co/>

<http://www.societario.com/revista/2/doctrina/directorindependiente.htm>

<http://www.societario.com/revista/6/doctrina/romanouade.htm>

<http://www.societario.com/revista/6/doctrina/romanouade.htm>

[http://www.uade.edu.ar/facultad\\_juridicas/dptderecho/jornada\\_romano.htm](http://www.uade.edu.ar/facultad_juridicas/dptderecho/jornada_romano.htm)

IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. La Responsabilidad Disciplinaria y la

Responsabilidad Fiscal. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 1998.

JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal en Publicidad y Mercadeo. Vol. 20, No. 222 (julio 1999).

KOTTER, John P. y otro. Cultura de empresa y rentabilidad. España: Ediciones Díaz de Santos, 1995.

La Directiva Presidencial 002 de 1994.

LAFONT, Francisco. Derecho Laboral Colectivo. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 1991.

LEAL PEREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2001.

Ley 222 de 1995.

Ley 226 de 1995.

Ley 256 de 1996.

Ley 489 de 1998.

Ley 712 de 2002.

Ley 734 de 2002.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE MÉXICO.

Ley No. 32 de Panamá.

LOPEZ VARGAS, Angela Consuelo. Monografía: La Inspección, Vigilancia y control de la Sociedades Mercantiles a través de la Superintendencia de Sociedades. Bogotá: Publicado por la Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

LÓPEZ, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Editorial ABC, 1993.

MANRIQUE REYES, Alfredo. La Constitución de la Nueva Colombia. Santiago de Cali: Cerec ediciones, 1992.

MARTORELL, Ernesto. Los directores de sociedades anónimas. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1990.

MEDINA TORRES, Adda. Tesis de Grado: Apuntes sobre sociedades de economía mixta. Bogotá, 1958.

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho civil y comercial. Tomo V. Buenos Aires: Americana, 1971.

MEYER, Christopher. Cómo ayudan a destacar a los equipos las medidas adecuadas: Harvard Business Review (Cómo medir el rendimiento de la empresa). España: Ed. Deusto, 1999.

MINISTRO DE JUSTICIA Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Informe del congreso de la república. Impacto de la ley 222 de 1995. Administradores. Bogotá, 1998.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá D.C.: Temis, 2000.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio y NARVÁEZ BONNET, Olga Stella. Régimen Legal de las Sociedades. Libro de hojas sustituibles. Legis Editores, noviembre de 2000.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano, Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Bogotá: Editorial Legis, 1998.

NARVÁEZ, José Ignacio, Tipos de Sociedad.

----- . Teoría General de las Sociedades. Octava edición, Editorial Legis, 1998.

ORTEGA TORRES, Jorge, "Jurisprudencia del Consejo de Estado". Universitas 33 (1967): 204-215.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de la obligaciones. Edit. Temis, 1998.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría General del Contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 1998.

PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo Parte General. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 2000.

----- . Las empresas estatales: proyección al siglo XXI. Bogotá: Ed. Doctrina y ley, 2000.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis, 1997.

PINZON, Gabino. La nacionalidad de las sociedades. Revista Universitas No. 22 de la Pontificia Universidad Javeriana.

----- . Sociedades Comerciales. Volumen II. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

----- . Sociedades Comerciales. vol. I. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

PLATA VIDALES, Roberto y SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Los Fondos Mutuos de Inversión. En busca de su naturaleza jurídica. Tesis de Grado. Bogotá: Publicado por la Pontificia Universidad Javeriana, 1991.

RÉGIMEN LEGAL DEL LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. 1ª Edición, Biblioteca Jurídica Dike, 1982.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. Bogotá: Editorial Legis, 2001 – 2002.

RESTREPO, Juan Camilo. Hacienda Pública. 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

REVISTA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Artículo “*La sociedad de economía mixta*”, No. 22, Bogotá, marzo de 1976. Citada en la revista Universitas No. 98, mayo de 2000, Pontificia universidad Javeriana. Facultad de ciencias Jurídicas, p. 149-156.

REVISTA CAMBIO. Artículo “¿Debe irse?”. 15 de julio de 2002. Artículo “Ecopetrol no conciliará con el Ministro del Interior y Justicia, Fernando Londoño, en caso Invercolsa” del diario El Tiempo del 24 de mayo de 2003.

----- . Artículo “*El primer round*”, “*¿Neoliberalismo o sentido común?*”. 30 de junio de 2003, No 522, p. 44, 98.

REYES VILLAMIZAR, Francisco, Reforma al régimen de sociedades y concursos. Editorial Temis S.A.,1999, cap. X, p. 208-209.

----- . Personificación Jurídica de la Sociedad. Revista Universitas No. 100. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. p. 198.

----- . Derecho Societario. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2002 (Por Publicar).

----- . Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades. Bogotá D.C.: Temis, 2000.

----- . Disolución y liquidación de sociedades. Bogotá: Doctrina y Ley, 1994.

- . Criterios para la clasificación de las sociedades. Escrito inédito.
- . Reforma al régimen de sociedades y concursos. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos del capitalismo moderno. Trad. de José Quero Molares. Buenos Aires: Edit. Ejea, 1950, p. 329 y ss.
- RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 10ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- ROIMISER, Mónica G.C. El interés social en la sociedad anónima. Buenos Aires: De Palma, 1979.
- SAMUELSON, Paul. Economía. Editorial McGraw - Hill, 1998.
- SANÍN BERNAL Ignacio, Un Nuevo Derecho Societario: el propuesto desde el Estatuto Tributario, segunda edición, Bogotá, Editorial TEMIS S.A., 2001, p. 55-92.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SERNA GOMEZ, Humberto. Gerencia Estratégica. Bogotá: 3R Editores, 2000.
- STIGLITZ, Josephe. La economía del sector público. Segunda edición. Barcelona: Editorial Antoni Bosch, 1997.
- STOPINO, Mario. Poder en Norberto Bobbio y otros. Diccionario de política. 5ª Ed. México: Siglo XX editores, 1985.
- SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Circular externa 038/94, numeral 1.2.
- . Circular Externa 7/96.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. 22 de septiembre de 1995. Resolución 320-2279.
- . 6 de enero de 1991. Resolución 2023.
- . Circular externa 09 del 18 de julio de 1997.
- . Circular Externa 20 de 1997.
- . Circular Externa No. 09 de 1997.

----- Circular externa y Conjunta (005), Bancaria (076), y de Valores (015) del 19 de septiembre de 1989. En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Bancaria en la Circular externa 7/96.

----- Concepto 220- 25834, abril 30 de 1999.

----- Concepto 220-21505.

----- Concepto 220-52889 del 30 de mayo de 1999.

----- Concepto 220-74263.

----- Oficio Ex-15493, julio 12 de 1991.

----- Oficio 13980 del 19 de julio de 1987.

----- Oficio 220- 77309 del 11 de agosto de 1999.

----- Oficio 220-18867 del 10 de mayo de 2001.

----- Oficio 220-21427 de octubre 6 de 1993.

----- Oficio 220-394 del 8 de enero de 1998.

----- Oficio 220-75990 diciembre 2 de 1998.

----- Oficio DAL-32.528 del 17 de Diciembre de 1985.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio EX-34499 de Agosto 24 de 1988.

----- Oficio No. 220-37078, de 3 de mayo de 1999.

----- Oficio SL- 11426, del 28 de mayo de 1987.

----- Oficio SL-7717 del 22 de marzo de 1991.

----- Oficio, 220-15609 del 10 de Agosto de 1994.

----- Oficios No. 2140 de Febrero 2 de 1991, No 6739 de 1991 y No 8469 del 4 de junio de 1993; Oficios DAL-15738 de julio 29 de 1986 y 220-33849 de junio 9 de 1995.

----- Resolución 0275 de 2001.

TAFUR GALVIS, Alvaro. Estudios de Derecho Público. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997.

----- . Las Entidades Descentralizadas. Bogotá: Editorial Temis, 1977.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sentencia de diciembre 18 de 1991.

URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. 6ª ed. Madrid: Imprenta Aguirre, 1968. p. 352.

----- . ----- . Vigésima tercera edición. Marcial Pons, 1996.

VERÓN. Sociedades Comerciales. Tomo 4. Argentina: Ed. Astrea, p. 314.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1994.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derecho de las sociedades comerciales. 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

VIVANTE, Cesar. Tratado de Derecho Mercantil.

YOUNES MORENO, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C.: Legis, 1999.

----- . Régimen del control fiscal y del control interno. 4ª Edición. Colombia: Editorial Legis, 2000.

## ANEXO A

### CONCEPTO DE “SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA” PARA LA DOCTRINA

En este punto observaremos el concepto que tienen algunos autores expertos en derecho administrativo, y otros en derecho comercial, sobre la noción y los aspectos más relevantes de las sociedades de economía mixta.

#### I. Doctrina Administrativista sobre Sociedades de Economía Mixta

**a. Gaspar Caballero Sierra:** Para este autor no basta que el Estado invierta en el capital de una sociedad para que sea considerada de economía mixta. Es indispensable que participe en la Administración de la sociedad:

*“Para nosotros, la simple inversión de capitales por parte del Estado a una compañía mercantil, sin haber influido aquél en su configuración jurídica a través de un acto creador de derecho público, no otorga la categoría de sociedades de economía mixta, ya que como bien los sostiene Felipe de Sola Cañizares, para que exista una sociedad de este tipo no sólo es preciso que uno o varios entes públicos participen conjuntamente con personas privadas en la formación del capital, sino también en la administración de la sociedad...”*<sup>915</sup>

**b. Álvaro Tafur Galvis:** Considera el Dr. Tafur que sólo se configura una sociedades de economía mixta cuando el Estado persigue una clara finalidad de intervención o es accionista mayoritario, y se sujetará a un régimen jurídico y administrativo especial. Además, no toda participación económica del Estado y los particulares da lugar al surgimiento de estas sociedades.

**c. Libardo Rodríguez:** Siguiendo la Ley 489 de 1998, este autor describe los elementos de la definición que trae sobre sociedades de economía mixta. Entre ellos: a) autorización legal y creación contractual; b) funciones industriales y comerciales; c) personería jurídica; d) autonomía administrativa; e) capital privado y aportes estatales. Sobre este punto Rodríguez insiste en que no basta con el capital, se requiere una administración de la sociedad de economía mixta en conjunto con los particulares, ya que es una verdadera *sociedad*; f) sujetas a un control de tutela, político, presupuestal y político; y, g) aplicación del derecho privado.<sup>916</sup>

**d. Gustavo Penagos:** Para el profesor Penagos, las sociedades de economía

---

<sup>915</sup> CABALLERO SIERRA, Op. Cit., p. 90

<sup>916</sup> RODRIGUEZ, Op. Cit. p. 103



mixta son una *“forma mediante la cual se asocian entidades públicas y particulares, en diversas modalidades contempladas en el derecho comercial. En estas sociedades interviene la Administración aportando capital y otorgando concesiones y figurando en los consejos directivos o de administración sin utilizar las prerrogativas y los poderes especiales del derecho público. La administración por lo general establece las clases de organización y fija el plan de los trabajos de la empresa, en el respectivo estatuto de constitución, conforme a la Ley que la autoriza”*.<sup>917</sup> Anota este autor que las sociedades de economía mixta son una manera de *colaboración particular* en pro del servicio público a través de actividades industriales y comerciales.

## II. Doctrina Comercialista sobre Sociedades de Economía Mixta

**a. José Ignacio Narváez García:** El profesor Narváez se apoya en lo establecido por el Código de Comercio, considerando que *“es un instrumento legal de colaboración de las entidades de derecho público y el capital privado. Entes en los que convergen aquellas y éste en pie de igualdad, con el objeto de explotar empresas que satisfacen necesidades de orden colectivo”*.<sup>918</sup>

Este autor encuentra que las sociedades de economía mixta podrían resultar un mecanismo de colaboración eficiente para la prestación de servicios públicos y el desarrollo de industrias enfocadas en pro del interés general. Entre sus características, Narváez destaca:

*“1. Son personas jurídicas de derecho privado 2. El origen ha de encontrarse en una norma jurídica que crea o autoriza su creación 3. El objeto social se concreta en la prestación de servicios públicos o a actividades comerciales o industriales 4. El capital social se integra con aportes estatales y de capital privado 5. Se rige bajo las reglas del derecho privado 6. Sus actos se sujetan a la jurisdicción civil y 7. La Ley colombiana no indica el tipo social que deben aportar”*.<sup>919</sup>

**b. Gabino Pinzón:** El profesor Gabino Pinzón también se remite al código de comercio en su Artículo 461 afirmando que lo característico de este tipo de sociedades es: *“la integración del fondo social con aportes estatales y de capital privado”*<sup>920</sup>. Para Pinzón, la función de estas sociedades es ante todo: *“facilitar y estimular la participación del capital privado en empresas de interés general”*<sup>921</sup>. Las características principales destacadas por el profesor Pinzón, son las establecidas por Héctor Camarra en su libro *Sociedades de Economía Mixta*: “1.

---

<sup>917</sup> PENAGOS, Op. Cit. p. 149

<sup>918</sup> NARVAEZ, Op. Cit. p.483

<sup>919</sup> *Ibíd*em, p. 486-488

<sup>920</sup> PINZON, Op.Cit., p. 326.

<sup>921</sup> *Ibíd*em, p. 321.

*participación de las colectividades públicas y los particulares en la constitución del capital social; 2. intervención de ambos en la gestión de administración de la empresa; 3. utilización de algún tipo social apto para las personas jurídicas públicas; 4. objeto de interés general*".<sup>922</sup> Vemos que se tratan de rasgos generales que no se refieren específicamente al caso colombiano.

**c. Francisco Reyes Villamizar:** Para el Dr. Reyes Villamizar, las sociedades de economía mixta "*obedecen a un esquema societario*" cuya principal característica es "que el capital está repartido entre los particulares y el Estado, sin que sean relevantes los porcentajes en que cada uno participe en su integración"<sup>923</sup>. Reyes destaca el Artículo 461 del Código de Comercio el cual no dispone porcentajes especiales para que la sociedad con aportes estatales se considere de economía mixta.

**d. Nuestra opinión:** Consideramos que el elemento tipificante de una empresa de economía es el origen de sus aportes: por un lado hay aportes de inversionistas particulares, y por el otro, aportes del Estado o de sus entidades, de donde se desprende que éstas sociedades son un real instrumento de colaboración entre los particulares y el Estado. Sin embargo la simple convergencia de capitales no resulta suficiente para definir si se trata de una sociedad de economía mixta. Es necesario que exista una administración conjunta en coordinación con las políticas establecidas por el sector administrativo al cual se encuentra vinculada la sociedad.

Este tipo societario es especial, por cuanto necesita primero, de una Ley, ordenanza o acuerdo que autorice su creación; y segundo, de un acto de constitución: se trata de un contrato de sociedad propiamente dicho, no es un contrato administrativo de los regulados por la Ley 80 de 1993, por tratarse de entidades que se rigen por el derecho privado. El acto de constitución se asemeja a los contratos de *adhesión*, pues la Ley, ordenanza o acuerdo que autoriza su constitución debe incorporar a la escritura pública los parámetros establecidos por el ordenamiento mercantil; de allí la importancia del contenido de uno y otro.

De todos modos, siendo la constitución de las sociedades de economía mixta un acto de derecho privado, deberán observarse los requisitos de existencia y eficacia previstos en la Ley para los actos jurídicos, so pena de viciarse el acto de que se trata.

Debe tenerse en cuenta que a pesar de ser un acto propio del derecho privado, se ve limitado por un acto de derecho público (la Ley, ordenanza o acuerdo que las autorizan), por ello debe haber plena concordancia entre ambos.

---

<sup>922</sup> *Ibidem*, p. 322

<sup>923</sup> REYES, Op. Cit. p.36

## ANEXO B

### ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

En esta sección sintetizaremos los principales pronunciamientos de las altas cortes colombianas, relacionados con el tema de Sociedades de Economía Mixta en Colombia.

Desgraciadamente la jurisprudencia no ha sido muy nutrida en este asunto, lo cual ha sido una de las grandes dificultades en nuestro intento por realizar una *línea jurisprudencial*. Sin embargo, de manera concreta nos iremos refiriendo temáticamente a cada una de las sentencias y conceptos que hemos obtenido por diversos medios para el desarrollo de nuestra investigación.

#### 1. Características de las sociedades de economía mixta

Dentro de los principales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se ha dicho que el elemento esencial, propio o tipificante de toda sociedad de economía mixta es que su patrimonio está integrado por aportes estatales y de particulares. Precisamente en sentencia de febrero 27 de 1975, la Sala Plena de la Corte Suprema precisó las características esenciales de estas sociedades en los siguientes términos:

(...) “*Son características esenciales de la Sociedad de Economía Mixta:*  
*a.- La integración de un patrimonio con aportes estatales y particulares y*  
*b.- La administración conjunta de la nueva persona jurídica por las dos categorías de socios. Los aportes del Estado o de las entidades de derecho público pueden consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantías de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, concesiones, etc. (Artículo 463 Código de Comercio.)” (...).*

Observamos también, que no es extraña para la jurisprudencia, el hecho de que este tipo societario ostente una naturaleza *especial*. En este sentido, “*las sociedades de economía mixta se caracterizan por la disposición estatal que autorice su creación; acto de constitución; personería jurídica; y, sujeción al régimen de tutela*”.<sup>924</sup> En este mismo pronunciamiento el Consejo de Estado, aseveró que las sociedades de economía mixta “*son personas jurídicas por medio de las cuales el Estado y los particulares asumen actividades de índole industrial y comercial que bien pudieran estar a cargo de particulares o que lo están*

---

<sup>924</sup> Concepto emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 19 de 1993.

parcialmente”<sup>925</sup>.

Debe apreciarse con cuidado, que el Consejo de Estado manifiesta que las sociedades de economía mixta “*no constituyen una forma distinta de sociedad aunque sus socios puedan ser entidades de derecho público*”,<sup>926</sup> y, al mismo tiempo, admita que estas sociedades tienen una naturaleza específica. Con relación a este punto vale la pena señalar que el mismo ordenamiento mercantil regula en capítulo aparte el régimen aplicable a estas entidades<sup>927</sup> que verdaderamente son sociedades especiales, y tal especialidad proviene del origen de sus aportes: de una lado aportes estatales, y por el otro, aportes de inversionistas particulares. Esa es la razón principal para catalogar como *especial* a este tipo societario, que bien puede constituirse bajo la forma de cualquiera de las sociedades comerciales definidas por el Código de Comercio. En la misma línea, la Corte Constitucional ha expresado que:

*“(…)lo que le da esa categoría de mixta es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares (...), se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea de “el Estado” o de propiedad de “particulares”, sino justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta” (...)*<sup>928</sup>

El Consejo de Estado, ha puntualizado los tres aspectos característicos de toda sociedad de economía mixta, así:

*“a) el objeto, que no puede ser otro que el cumplimiento de una misión económica de interés general en algún sector de la vida comunitaria; b) la clasificación de las sociedades de economía mixta en entidades de derecho público y de derecho privado que sirven para descartar la idea generalmente admitida de que la sociedad de economía mixta, solo por llamarse sociedad y ser tal, es exclusiva y únicamente una entidad de derecho privado; c) la posición predominante del Estado dentro de la sociedad y para ello no se puede aplicar en su integridad el régimen legal de las sociedades anónimas, el cual sufre notorias y manifiestas*

---

<sup>925</sup> Ibídem.

<sup>926</sup> Ibídem.

<sup>927</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, art. 461 “*Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado*”.

<sup>928</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-953 de 1999. Magistrado Ponente: Alfredo Tulio Beltrán.

derogaciones<sup>929</sup>.

## 2. Creación de las sociedades de economía mixta

Existen dos actos *conditio sine qua non*, para la creación de las sociedades de economía mixta. Ellos son, primero un acto de origen estatal: Ley, ordenanza o acuerdo según se trate de una sociedad a nivel nacional, departamental o municipal, respectivamente; y segundo, la celebración de un contrato de sociedad que siga al pié de la letra las disposiciones del primer acto<sup>930</sup>. Vale la pena examinar una sentencia del Consejo de Estado, en donde se trae a colación el tema que venimos estudiando, precisando los elementos para la configuración del contrato de sociedad:

1. (..) **“Por acto estatal que autoriza su creación.-** esta característica tiene su fuente primigenia en la propia Constitución Política. En efecto, según se dispone en el num. 7 del Artículo 150, corresponde al Congreso “crear o autorizar la constitución de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”. De acuerdo con el Artículo 300, num 7, corresponde a las asambleas departamentales “autorizar la formación de sociedades de economía mixta”. En un mismo orden de ideas, el Artículo 313 numeral 6, atribuye a los Consejos Municipales “autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”. Lo anterior quiere decir que, en nuestro régimen jurídico, se encuentra la provisión constitucional consistente en que las sociedades de economía mixta sólo pueden llegar a ser tales si ha mediado previamente el acto estatal fuente de las mismas, llámese Ley, ordenanza o acuerdo que autorice su creación. Es un presupuesto necesario para proceder a celebrara luego el acto de constitución o el contrato de sociedad; y ello es lógico; si no media tal provisión, mal podría el Estado justificar tanto su ánimo de asociarse como la participación de parte del capital social, requisito indispensable para adquirir el carácter de socio o accionista.
2. **Por el acto de constitución o contrato social.-** (...) En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma (Artículo 462 Código de Comercio). Son elementos para la configuración de dicho contrato **a)**. El ánimo asociativo o sea el deseo de unirse, lo cual para el caso de la sociedad de economía mixta, debe

---

<sup>929</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de noviembre 16 de 1966. Anales del Consejo de Estado. Tomos LXX y LXXI. Nos. 409-412. Págs. 29-31.

<sup>930</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 27 de febrero de 1975. Magistrado Ponente: Dr. Luis Sarmiento Buitrago

*aparecer en el acto que autoriza su constitución y en el contrato social; b). El aporte o suministro de elementos económicos que, para el caso del Estado, deberá estar justificado con la respectiva apropiación presupuestal. El aporte podrá consistir, entre otros, en “ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita; auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones y c). El ánimo de lucro que es el elemento tipificante de la finalidad de la sociedad que es perseguido por los socios desde su constitución y en el transcurso de la vida social.*

*Para que el Estado entre a formar parte de una sociedad es menester, se reitera, que la manifestación de voluntad que se presta para la celebración del contrato se acomode a lo dispuesto en el acto estatal contentivo de la autorización para su creación, el aporte del Estado es lo que propiamente tipifica a la sociedad como de economía mixta; (...) pero a su vez, la sociedad es comercial porque los actos constitutivos de su objeto social son comerciales, además de que toda su organización se rige por las normas del Código de Comercio, con las salvedades que señale la Ley. Su régimen organizativo debe ceñirse a lo dispuesto en sus estatutos mientras estén conformes con las Leyes vigentes; y no obstante que las cláusulas del contrato resultan del libre acuerdo de voluntades, existe normatividad jurídica especial que regula ciertos aspectos del contrato social.*

*En efecto, en cuanto al domicilio de las sociedades de economía mixta, el Artículo 1° de la Ley 33 de 1983 consagra la peculiaridad de que su escogencia corresponde señalarla al Congreso Nacional, lo mismo que el de las empresas industriales y comerciales del Estado y demás entidades descentralizadas. Además, se debe tener en cuenta también cómo, cuando se trate de sociedades anónimas las acciones serán nominativas y éstas se emitirán en series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas (Artículo 465 Código de Comercio.)”.*<sup>931</sup> (...).

### **3. Autorización legal para constituir sociedades de economía mixta**

#### **a. La autorización legal nunca podrá ser indefinida, general ni indeterminada.**

A este respecto resulta pertinente traer a colación apartes de la sentencia C-357 de 1994, en donde la Corte Constitucional declaró la inexecutable de varios artículos de la Ley 88 de 1993:

*“(...) También es contrario a la Constitución el inciso tercero del artículo 14, por estos motivos:*

---

<sup>931</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 19 de 1993. Radicación No. 506. Consejero Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco.

*El primero, que contempla una autorización indefinida para constituir empresas industriales y comerciales, y sociedades de economía mixta. Al respecto valen las siguientes consideraciones.*

*La primera surge del artículo 150, numeral 7o, de la Constitución. Según esta norma, el Congreso por medio de Leyes, ejerce las siguientes funciones: "...crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta".*

*A la luz de esta disposición, y de otras que con ella concuerdan, no es posible sostener que puedan darse autorizaciones generales e indeterminadas para crear tales personas jurídicas de derecho público, como se explicará". (...).<sup>932</sup>*

#### **4. Naturaleza de la Ley que autoriza**

La Ley que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta es una Ley en sentido formal por su origen y su formación, pero no es Ley por su contenido, ya que este deber ser *particular y concreto*. En este sentir, la Corte Constitucional expresó que la Ley que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta es:

*"(...) Una Ley en sentido formal, pues sólo es Ley por su origen, y su formación y no por su contenido. Este contenido no es general y abstracto, sino particular y concreto.*

*Y por ser particular y concreto tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada. Como lo señala el artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968, en tratándose de sociedades de economía mixta, "el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determina en la Ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social".*

*Tal Ley, en consecuencia, debe determinar asuntos como estos: la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla". (...)<sup>933</sup>.*

Y más adelante señala que,

---

<sup>932</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-357 de 1994. Referencia: Expediente D-564. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

<sup>933</sup> *Ibidem*.

(...) "De otra parte, tampoco resulta aceptable la autorización general, ilimitada, contenida en el último inciso del artículo 14, si se trata de crear empresas industriales y comerciales del Estado.

¿Por qué?. Sencillamente porque según el inciso final del artículo 114 de la Constitución, éstas forman parte de la Rama Ejecutiva. Y es función del Congreso, que ejerce por medio de las Leyes, "determinar la estructura de la administración nacional". Función que no puede delegarse en forma general e ilimitada, y menos por la Ley de Presupuesto. En el mismo sentido, se había pronunciado esta Corporación en sentencia C-196 de 1994, al expresar:

"... el Congreso goza de plenas atribuciones constitucionales para resolver en cada caso si crea una o unas determinadas sociedades de economía mixta o asociaciones, o si autoriza su constitución, siempre que disponga de manera concreta y específica cuál será su objeto, el régimen al cual estará o estarán sometidas y, si se trata de recursos provenientes directamente del tesoro de la Nación, determine el monto de los recursos públicos que habrán de llevarse como aporte o participación..." ( Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo)

En síntesis: a la luz de la Constitución es inaceptable una autorización indefinida e ilimitada para crear empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. En consecuencia, se declarará inexecutable el último inciso del artículo 14.

Sin que sobre anotar que, también en este caso, contraría la Ley orgánica del Presupuesto, e indirectamente la Constitución, el conferir una autorización para gastos de inversión, en cuantía indeterminada. O, dicho en otros términos, el hacer una apropiación presupuestal de cuantía indeterminada, librada por completo al arbitrio del encargado de ejecutar el gasto.

Además, obsérvese que la expresión utilizada por la norma "**que se creen**", abre unas posibilidades ilimitadas en cuanto al número, la magnitud, la naturaleza, la composición del capital, etc. ¿Se crearán cien empresas, o un millar? ¿Cuál será el capital de cada una de ellas, y cuál la participación de la Nación en ese capital?. ¿Cuántas serán empresas industriales y comerciales del Estado y cuántas sociedades de economía mixta? ¿Y cuál será el tipo de estas últimas: anónimas o de responsabilidad limitada? ¿Cuántos centenares de miles de millones o cuántos billones de pesos, podrá destinar la Nación a su participación en tales empresas? ¿Predominará en ellas el aporte privado o el público? ¿Habrá en ellas inversión extranjera, y en qué proporción frente a los aportes nacionales, y especialmente frente a los estatales? En fin, un mandato, porque nada menos es lo que contempla el artículo 150, numeral 7o, no podrá jamás



*conferirse en términos tan generales, porque a la hora de exigir responsabilidades al mandatario no habrá manera de comprobar si se ciñó a él o se extralimitó.*

*Téngase en cuenta que una cosa es la autorización para capitalizar empresas o sociedades existentes, de las cuales el legislador al conferir la autorización puede tener una idea, al menos aproximada, de su magnitud, y otra, completamente diferente, autorizar al ejecutivo para "participar como accionista" en empresas, sin señalar límite alguno. Es ostensible que esto no puede hacerse, ni siquiera por una Ley especial de autorizaciones.*

*Y menos aún podrá hacerse por medio de la Ley de Presupuesto, pues ello equivale, ni más ni menos, a una apropiación indeterminada, tanto por su destinación concreta, como por su valor. ¿Cómo establecer la cuantía la partida de gastos de inversión contenida implícitamente en esta autorización?. Claramente se ve que ello es imposible, lo que es aún más inaceptable en la Ley de Presupuesto.*

*Por todo lo anterior, **también se declarará inexecutable el inciso tercero del artículo 14.** Inciso que, además, por la indeterminación de la autorización, también quebranta el artículo 350 de la Constitución. (...)<sup>934</sup>*

## **5. Particularidades del acto que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta**

El acto que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta no es de origen administrativo. Siempre tendrá un origen legal: Ley, ordenanza o acuerdo. Además es una función indelegable al ejecutivo.

Por otro lado, es posible que se amplíe el objeto de una sociedad de economía mixta ya constituida, pero siempre se exige una Ley. Con relación a este punto nos permitimos citar apartes de la sentencia C-196 de 1994, en donde se puntualiza que:

*"(...) por expreso mandato constitucional, son de naturaleza legislativa todas aquellas normas que se expidan para determinar o modificar la estructura de la administración nacional y, por supuesto, también lo son las que creen directamente o autoricen crear empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. En otros términos, estos entes no pueden tener origen puramente administrativo, sino que requieren de la expedición de ordenamientos de jerarquía legal mediante los cuales se constituyan o se autorice su constitución.*

*Ninguna de las dos funciones -crear o autorizar la creación de las mencionadas entidades- puede ser delegada por el Congreso en el Ejecutivo, salvo el caso de facultades extraordinarias precisas y temporales, pues ninguna restricción hay al respecto en el artículo 150,*

---

<sup>934</sup> *Ibídem.*

*numeral 10, de la Constitución: la expedición de tales normas no equivale a la de códigos, Leyes estatutarias, orgánicas, ni a las previstas en el numeral 19 del mismo artículo, ni tampoco implica el establecimiento de impuestos.*

*Pero, claro está, el Congreso goza de plenas atribuciones constitucionales para resolver en cada caso si crea una o unas determinadas sociedades de economía mixta o asociaciones, o si autoriza su constitución, siempre que disponga de manera concreta y específica cuál será su objeto, el régimen al cual estará o estarán sometidas y, si se trata de recursos provenientes directamente del tesoro de la Nación, determine el monto de los recursos públicos que habrán de llevarse como aporte o participación. Lo propio ocurrirá en tratándose de los departamentos, distritos y municipios, para lo cual las correspondientes previsiones se harán en las ordenanzas o acuerdos respectivos.*

*En el caso que se estudia, el texto de la norma acusada es suficientemente explícito: "Las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Comunicaciones y las entidades indirectas o de segundo grado pertenecientes al mismo, que presten servicios de telecomunicaciones, **quedan autorizadas para constituir** entre sí o con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la Ley de su creación o autorización y a sus respectivos estatutos" (Subraya la Corte).*

*Como puede observarse, la disposición no está delegando función alguna en el Ejecutivo ni tampoco está trasladando con carácter permanente una función suya a las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Comunicaciones ni a las indirectas o de segundo grado que presten servicios de telecomunicaciones. El propio Congreso, mediante Ley, está autorizando la constitución de sociedades o asociaciones, a partir de aquellas ya existentes que resuelvan asociarse entre sí o con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.*

*Pero, además, el precepto legal acusado determina con claridad cuál habrá de ser **el objeto** de las personas jurídicas que se creen: las mismas actividades comprendidas dentro de los objetivos de las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Comunicaciones y de las entidades indirectas o de segundo grado pertenecientes al mismo que presten servicios de telecomunicaciones. Y define **el régimen jurídico** que se les aplicará: las reglas previstas en el Decreto Ley 130 de 1976 y en las disposiciones que lo adicionen o modifiquen.*

*En este caso no se requería señalar el aporte de capital o participación*

*proveniente del tesoro de la Nación pues lo que se hizo fue ampliar el objeto de sociedades de economía mixta ya existentes, las cuales disponen de su propio patrimonio. (...)*<sup>935</sup>

**6. La Ley que autoriza no puede incluirse con otra que se refiera a temas presupuestales, porque la finalidad de una y otra es diferente, según se desprende del inciso 2° del artículo 346 de la Carta.**

En este sentir se pronunció la Corte Constitucional:

*“(...) el conferir la facultad para constituir empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, es asunto que no se refiere a la misma materia que el Presupuesto.*

*Tal autorización debe ser objeto de una Ley, y no un artículo más o menos oculto en una Ley cuya finalidad es diferente.*

*Por este aspecto, el inciso tercero quebranta el artículo 158 de la Constitución.*

*En casos como éste, debe primeramente existir la Ley que autorice la constitución de la sociedad; después, habiendo Ley preexistente, se hará en el Presupuesto la apropiación correspondiente. Es lo que ordena el inciso segundo del artículo 346, al decir que en la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado conforme a la Ley anterior (...)*<sup>936</sup>

**7. La Ley que autoriza no expide los estatutos de las sociedades de economía mixta.**

Basándose en la anterior Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia expresó que era *“función constitucional del legislador expedir los estatutos de las sociedades de economía mixta (Artículo 76-10)”*<sup>937</sup>.

Al expedirse la Carta de 1991, el Congreso debe, necesariamente, autorizar mediante Ley la creación de sociedades de economía mixta del orden nacional. Dicha Ley se limita a una *autorización*, ya que debe procederse al cumplimiento del segundo acto exigido para crear una sociedad mixta: la celebración del

---

<sup>935</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-196 de 21 de abril de 1994. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Ref: Expediente D-423. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 9 –incisos 1 y 2- de la Ley 37 de 1993 que regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones.

<sup>936</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-357 citada.

<sup>937</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 27 de febrero de 1975 citada.

contrato de sociedad. Entonces, el legislador perdió la facultad de expedir los estatutos sociales.

A propósito de este tema, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

*“(...) En la anterior Constitución, el artículo 76, reformado por el 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, asignaba al Congreso, por medio de Leyes, la atribución de “expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado...”. Correspondía, pues, al Congreso expedir los estatutos básicos de las sociedades de economía mixta. Estatutos, o reglas, a los cuales deberían someterse los particulares al celebrar, en cada caso, el contrato de sociedad correspondiente.*

*La actual Constitución vino a morigerar esta exigencia, pues el artículo 150, numeral 7o, habla de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Y hay que entender que siempre la Ley, en el fondo, se limitará a autorizar la constitución de la sociedad de economía mixta, pues a ella debe seguir el contrato de sociedad que se celebra con los particulares, pues sin el aporte de éstos no puede hablarse de este tipo de sociedad (...).”<sup>938</sup>*

## **8. Aprobación de los estatutos de las sociedades de economía mixta por parte del Gobierno**

Con relación a la aprobación por el Gobierno de los estatutos de las sociedades de economía mixta y las sociedades entre entidades públicas, resulta pertinente observar el pronunciamiento del Consejo de Estado, en Concepto de 19 de abril de 1993, al que hemos tenido la oportunidad de referirnos en páginas anteriores:

*“(...) Entre las funciones de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado está la “...b. Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno (Artículo 2º. Decreto 1050 de 1968). Es evidente que tal disposición ha de entenderse de manera racional ya que el máximo órgano social en la sociedad de economía mixta es la asamblea general, mientras que en las empresas industriales y comerciales es la junta directiva.*

*De todo lo expuesto se concluye entonces que, la sociedad de economía mixta está sometida a un régimen dual: en primer lugar, a las directrices trazadas por la Ley que autorizó su creación y a las Leyes especiales que rigen cuestiones específicas de su vida social. En segundo lugar, el acto de constitución o contrato social a cuyos términos deben ceñirse las*

---

<sup>938</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-357 ibídem.

*decisiones tomadas por sus organismos de dirección. Particularmente la asamblea general para decidir tendrás que someterse al quórum fijado en los estatutos para lo cual será definitiva la posición que adopte el representante de las acciones del Estado, por cuanto él concentrará el 90% sin restricción alguna del derecho a voto (Artículo 466 Código de Comercio); su posición será la que defina todo acto que se someta a consideración de la asamblea. Se tiene entonces que el poder de tutela, en primer término, se ejercerá directamente por el Estado a través de su representante, quien será factor determinante para la adopción de las decisiones de la asamblea.*

*Pero otra cosa es el sometimiento a la aprobación del Gobierno de los estatutos ya adoptados por la asamblea general o de una eventual reforma. Frente a tal disposición debe tenerse en cuenta que se puede dar una de estas eventualidades: En el acto del legislador, mediante el cual se autoriza la creación de una sociedad de economía mixta y en los estatutos que lo desarrollan, se exige de manera expresa, la aprobación del Gobierno Nacional para proceder a la formalización de la reforma de dichos estatutos; o en uno y otro acto se guarda silencio sobre el particular; o en fin, de manera expresa y concreta se autoriza en ellos la omisión del cumplimiento de dichos requisitos.*

*En la primera de aquellas eventualidades tendrá que cumplirse con el requisito de la aprobación por parte del Gobierno, por expreso mandato legal. En la segunda eventualidad tendrá que procederse como en la anterior, por cuanto ante el silencio deben aplicarse, por asimilación a las sociedades de economía mixta, las disposiciones pertinentes de las empresas industriales y comerciales del Estado.*

*Por último, y sólo en la tercera eventualidad, puede prescindirse del cumplimiento del requisito consistente en la aprobación por parte del Gobierno de una reforma estatutaria. Pero se reitera, una vez más, que si se presenta oposición entre la normatividad contemplada en el acto que autoriza la creación de la sociedad y el contenido en alguno de los artículos que forman parte de los estatutos sociales deberá darse prelación a lo consagrado en el ordenamiento emanado del Estado.*

*Debe agregarse en relación con las sociedades de economía mixta en cuyo acto de constitución sólo haya intervenido entidades públicas (sociedades de segundo grado) y cuya finalidad sea la de desarrollar actividades de naturaleza industrial y comercial, que su régimen jurídico es el mismo consagrado por las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado. En el respectivo contrato social se señalará quien elige o designa a su gerente y cómo se integra la junta directiva. Además, sus estatutos deberán contener las demás estipulaciones propias del contrato de sociedad, adaptados a este tipo de*

*entidades del Estado, así como los ordenamientos previstos en los artículos 3, 4, y 5 del Decreto 130 de 1976.*

*Pero también, en el contrato de sociedad deberá estipularse lo referente a la aprobación de las reformas adoptadas por la “junta directiva” por parte del Gobierno Nacional. Si nada se estipulase sobre el particular se impone el solicitar tal aprobación, por las mismas razones anotadas con relación a las otras sociedades de economía mixta.*

*En consecuencia, y en respuesta a la consulta formulada, se tiene:*

- 1. Cuando en el acto que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta en la que llegue a tener el Estado el 90% o más de su capital y en sus estatutos se exija la aprobación por parte del Gobierno para adoptar una reforma estatutaria, deberá atenderse el cumplimiento de tal requisito.*
- 2. En caso de silencio en el acto de creación y en los estatutos que lo desarrollen, deberá obtenerse la correspondiente autorización del Gobierno Nacional por asimilación de la legislación que sobre la materia rige para las empresas industriales y comerciales del Estado.*
- 3. Solamente cuando en el acto del legislador se autorice la exoneración del cumplimiento del mencionado requisito y los estatutos se redacten de conformidad con él, se podrá omitir la aprobación del Gobierno Nacional a la reforma de los estatutos.*
- 4. Cuando la sociedad estuviere conformada en su totalidad por entidades públicas, se requerirá necesariamente la aprobación del Gobierno Nacional para adoptar cualquier reforma estatutaria.*

## **9. Aportes estatales para participar en una sociedad de economía mixta.**

En la actualidad no se exige un porcentaje determinado de participación del Estado o de sus entidades dentro de una sociedad de economía mixta. En este sentido, basta que exista de un lado aportes estatales, y de otro, aportes de inversionistas particulares para que la sociedad sea catalogada como de economía mixta.

Antes de que la Corte Constitucional declarara inexecutable el inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, se exigía una participación estatal de mínimo 50% del total del capital social efectivamente suscrito y pagado.

*El inciso 2º del artículo citado expresaba que “para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no pueda ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, efectivamente pagado y suscrito”.*

La Corte declaró la inexecutable de dicha norma, al considerar que:

*“(...) el numeral 7º del artículo 150 de la Carta no señaló porcentaje mínimo de participación de los entes estatales, y que conforme a la Carta, la existencia de una sociedad de economía mixta, tan solo requiere que b surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales (...).*

*Cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, ello no significa, que no alcancen la naturaleza de sociedades comerciales o empresas de “economía mixta”, pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal, y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta” por el artículo 150 numeral 7º de la Constitución (...)<sup>939</sup>”.*

## **10. Control fiscal en las sociedades de economía mixta**

Dada la existencia de aportes provenientes del Estado o de alguna de sus entidades se hace necesaria la existencia del *control fiscal*. Dicho control “*solo llega hasta el monto de los aportes de la Nación a la sociedad de economía mixta, para reanudarse posteriormente sobre los dividendos o utilidades que pueda percibir la Nación en el ejercicio social por virtud de su aporte*”.<sup>940</sup> En la misma sentencia se señaló que el capital y los activos de la sociedad de economía mixta no constituyen bienes fiscales, y por consiguiente su manejo no es gestión fiscal.

## **11. Fundaciones de capital mixto**

La participación del Estado en las fundaciones de capital mixto está prohibida por el artículo 355 de la Carta, según el cual “*ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado*”; esto, por cuanto la asignación de capital público a

---

<sup>939</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de 1º. De Diciembre de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Tulio Beltrán.

<sup>940</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia de 24 de abril de 1980. Magistrado Ponente: Dr. Gonzalo Vargas Rubiano

una fundación que al tiempo cuente con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilios sancionados por el artículo citado.

La única manera en que las entidades privadas sin ánimo de lucro puedan recibir capital proveniente del Estado, es mediante la celebración de un contrato con el Gobierno, según se colige del inciso segundo del artículo ibídem: *“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.*

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse a este tema en sentencia C-372 de 1994, en donde se declara inexecutable el artículo 6º., del Decreto 130 de 1976, a saber:

*“Artículo 6o. **De las Corporaciones y Fundaciones de Participación Mixta.** Sin perjuicio de lo que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las Corporaciones o Fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes”.*

Apartes de la sentencia a la que nos referimos, expresa que:

*“(…) cuando el Constituyente decidió eliminar los denominados auxilios parlamentarios, no sólo a nivel del Congreso sino también a nivel de las restantes corporaciones públicas de elección popular, no hizo otra cosa que otorgarle expresión jurídica a una voluntad política que de manera reiterada se había mostrado contraria a la perpetuación de una práctica nociva que solía ocultar su verdadera fisonomía, bajo el manto de pretendidas instituciones de utilidad común o de fundaciones de similar cometido. Sobre el particular, conviene remitirse a la exposición de motivos del “Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata”, por medio del cual algunos dignatarios buscaban que la Asamblea Nacional Constituyente dictara en forma urgente medidas tendientes a controlar los abusos derivados del manejo de los denominados “auxilios parlamentarios”. En efecto, en dicha oportunidad se afirmó:*

*“Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. **A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo***



**que permitió inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales (...)**<sup>941</sup>.

Y más adelante señala,

*“(...) Las anteriores consideraciones demuestran y justifican la contundente prohibición que contiene el artículo 355 de la Constitución, el cual, por lo demás, responde a un propósito loable de indudable carácter corrector de situaciones anómalas que se busca suprimir definitivamente.*

***La participación del Estado en las fundaciones de capital mixto, según lo establece el artículo 6o. acusado, se constituye en una negociación ajena a cualquier tipo de control y, por ende, prohibida por el artículo 355 de la Carta Política.***

*Sin olvidar que, para esta Corporación, la asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior, para la Corte esa liberalidad desconoce el espíritu del Constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno. En efecto, la simple lectura de la norma acusada permite concluir que una vez realizada la transacción económica por parte del Estado en favor de la fundación de capital mixto, ésta podrá disponer de esos bienes de conformidad con su libre albedrío y sin ningún tipo de observancia por parte de los entes fiscalizadores competentes. Tamaña facultad implica, ni más ni menos, abrir una puerta a espaldas de la Constitución Política para que se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado social de derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo.*

*Por lo anterior, la Corte se verá en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, por cuanto permite que se manejen los recursos públicos con criterios de derecho privado y adecuados, no con la justicia distributiva, sino conmutativa, con lo cual se omite la presencia del interés general en los recursos públicos, así como su prevalencia natural (...)*<sup>942</sup>.

*“(...) La primacía de los principios y derechos contenidos en la Constitución, requiere de una distribución de competencias en forma participativa y coordinada entre el Estado y los asociados, pues así como al*

---

<sup>941</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>942</sup> *Ibidem*.

*primero le corresponde cumplir con unos mandatos imperativos previstos en la Carta Política, a los segundos se les asigna el deber de colaborar con las autoridades y con sus conciudadanos para alcanzar esas mismas metas. Se trata, entonces, de un trabajo conjunto con un fin común: la consecución de los fines esenciales del Estado, esto es, del bienestar y la prosperidad de todos. El Estado social de derecho impone, pues, un mayor interés de los ciudadanos en procura de un interés colectivo. Estas metas, como se señaló, se alcanzan algunas veces en forma separada, es decir, el Estado y los particulares ocupándose cada uno de sus propias tareas. Pero en otras oportunidades, los caminos que han de recorrer unos y otros se entrecruzan de forma tal que la colaboración armónica permite el logro de unos fines específicos. Esta situación es permitida y avalada por la propia Constitución. En efecto, la Carta Política no sólo señala la obligación ciudadana de cumplir con los deberes previstos en el artículo 95, sino que además facilita la participación comunitaria en algunas tareas que, en principio, le corresponde asumir al Estado. Uno de esos caminos es el inciso segundo del artículo 335 superior que establece:*

*"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia".*

*Los contratos a que hace relación la norma en comento, permitidos con el fin de obviar los inconvenientes surgidos por la prohibición de decretar auxilios y donaciones, deben reunir las siguientes condiciones, a saber: a) Que con ellos se trate de impulsar programas y actividades de interés público, ya que si la causa es pública su destino debe ser proporcionado a ella; b) que esos programas y actividades sean acordes con el plan nacional y los planes sectoriales de desarrollo. Nótese que la obligación se refiere a que el contrato esté "acorde", esto es, que esté conforme o en consonancia con las prioridades que en materia de gasto público establezca el Plan Nacional de Desarrollo (v.g. educación, salud, saneamiento ambiental, agua potable, etc.), sin que ello signifique esos contratos deban hacer parte o deban estar incorporados a dicho Plan; 3) Que los recursos estén incorporados en los presupuestos de las correspondientes entidades territoriales; y, 4) Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.*

*El espíritu del Constituyente en este caso es claro: se establece un mecanismo jurídico para que las entidades de derecho privado, que reciban aportes del Estado y que persigan un fin de interés público o social -como es el caso de las fundaciones creadas en virtud del artículo 6o. del Decreto*

130 de 1976- cuentan con la posibilidad de seguir realizando las loables actividades que contribuyen al bienestar general. Es así como los contratos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 superior, constituyen una garantía para la sociedad sobre el adecuado manejo de los dineros y bienes públicos, evitándose el riesgo de una desviación del interés público hacia el interés hedonista. Por ello, el inciso comentado cambia el criterio de liberalidad por el de justicia, en el sentido de establecer un vínculo jurídico que obligue a la persona natural o jurídica que recibe los aportes, a cumplir con los términos del contrato y, a la vez, a someterse al control efectivo del Estado, tanto previo, de ejecución y posterior, con lo que se asegura el cumplimiento de la justicia distributiva, y la prevalencia del interés general. Además, debe señalarse que si las entidades sometidas a un régimen de derecho privado -como las fundaciones mixtas de que trata la norma acusada- no se vinculan y retribuyen a la sociedad de alguna forma, se contradiría en forma manifiesta el inciso primero del artículo 355 de la Carta, que prohíbe decretar donaciones o auxilios a tales entidades. La razón de ello es sencilla: si los bienes públicos tienen una destinación de interés general, propio -se insiste- de la justicia distributiva, entonces la norma acusada permite un contrasentido, pues el interés general se regularía con criterios privados, los cuales son propios, no de la ya referida justicia distributiva, sino de la conmutativa, es decir, de la que regula los intereses privados.

La declaración de inexecutable del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976 por parte de esta Corporación, significa que, en adelante, las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro que se sometan a un régimen de derecho privado sólo podrán adelantar sus tareas, y por ende recibir capital estatal, si celebran un contrato con el Gobierno Nacional, en los términos del artículo 355 de la Carta y de la reglamentación que se expida por parte de la rama ejecutiva del poder público.

Ahora bien, el señalado contrato debe estar conforme a los postulados del Plan Nacional de Desarrollo, el cual, hasta al momento no ha sido proferido por el Congreso de la República. Conviene entonces cuestionarse cuál es la situación jurídica de aquellas entidades de derecho privado que recibían aportes provenientes de capital público y que cumplían con algunas de las obligaciones esenciales del Estado, necesarias para la preservación de los derechos fundamentales de los asociados. Al respecto, la Corte Constitucional considera que, en virtud del vacío jurídico existente, las entidades a las que se ha hecho referencia, entre ellas las creadas con base en el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, podrán suscribir los contratos correspondientes con el Estado, los cuales deberán consultar el espíritu de la Carta Política e, igualmente, deberán ajustarse en su debida oportunidad a los principios que se determinen en el Plan Nacional de

*Desarrollo (...)*<sup>943</sup>.

## **12. Supresión y fusión de sociedades de economía mixta**

Las causales de fusión de entidades administrativas preexistentes deben ser determinadas mediante una Ley. Ello se colige de la Sentencia C-702 de la Corte Constitucional, en la cual se declara la inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 489 de 1998, entre otros.

Extractos de la sentencia explican con precisión el tema:

*"(...)Conforme a lo dispuesto por el artículo 150, numeral 7º de la Carta, corresponde al Congreso la determinación de "la estructura de la administración nacional", es decir, que él se ocupa de fijar lo que podría denominarse "la parte estática" del aparato administrativo estatal, razón ésta por la cual, en ejercicio de dicha función, puede "crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional", fijando desde luego los objetivos de cada una de estas entidades y, por disposición constitucional, la estructura orgánica de las mismas, en cada caso.*

*No obstante, por expresa disposición del constituyente, al Presidente de la República, como "suprema autoridad administrativa", le fue asignada la función de "suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la Ley".*

*En cuanto hace a la fusión de dichas entidades, podría en principio pensarse que la Constitución estableció una competencia simultánea e idéntica para el Congreso Nacional y el Presidente de la República, quienes conforme a esa interpretación podrían ejercer la misma atribución, en lo que constituiría una notoria duplicidad de funciones por las dos ramas mencionadas del Poder Público.*

*Sin embargo, ello no es así. En efecto, si se analizan los dos textos constitucionales a que ya se ha aludido, sin dificultad alguna se encuentra que dentro de la función del legislador, a éste le corresponde "hacer las Leyes", sin otro límite que el que le señala la propia Carta Política. Es decir, el Congreso Nacional, previos los debates respectivos, adopta como Ley las decisiones que respecto de la determinación de la estructura de la administración nacional juzgue convenientes para el Estado y, en ese ámbito no se encuentra sometido a ninguna Ley preexistente, pues su único límite lo traza la Constitución. En tanto, cuando la fusión de una entidad con otra u otras se decreta por el Presidente de la República, éste ha de ejercer esa atribución constitucional "de conformidad con la Ley",*

---

<sup>943</sup> *Ibídem.*

*según las voces del artículo 189, numeral 15 de la Carta.*

*Así las cosas, la aparente contradicción entre el artículo 150 numeral 7º y el artículo 189 numeral 15 de la Constitución, es, por lo visto, inexistente. Se trata, simplemente, de dos momentos distintos: el primero, a cargo del legislador, y el segundo a cargo del Presidente de la República, quien, con estricta sujeción a la Ley puede ejercer esa atribución como suprema autoridad administrativa.*

*Ello supone, entonces, que la Ley ha de determinar los principios de carácter general, los objetivos y los límites que demarcan la competencia funcional que se le asigna al Presidente de la República. O, dicho de otra manera, las causales por las cuales podría el Ejecutivo decretar la fusión de entidades administrativas preexistentes. Pero ello supone, como fluye de los textos mismos de la Constitución a que se ha hecho referencia, que el legislador no puede descender a la reglamentación particular y concreta, por cuanto, en tal caso, invade la órbita de las funciones que compete desarrollar y cumplir al Presidente de la República; tampoco puede la Ley ser de una amplitud de tal naturaleza que deje campo abierto a la arbitrariedad, pues, en tal caso, a pretexto de señalar al Ejecutivo criterios y objetivos generales, en realidad se despoja el Congreso de funciones que la Carta asignó a él y no a ninguna otra autoridad.*

*Por lo que hace al artículo 51 de la Ley demandada, se incurre por el legislador, en los dos vicios acabados de mencionar, como quiera que resulta vago e impreciso señalar que el Presidente de la República puede disponer la fusión de entidades y organismos nacionales para "garantizar la eficiencia y la racionalidad de la gestión pública", pues, como resulta apenas obvio, esto no agrega nada a los criterios bajo los cuales ha de cumplirse, siempre, la función administrativa; tampoco puede afirmarse que la finalidad constitucional se alcanza señalándole al Ejecutivo que ha de "evitar duplicidad de funciones y actividades", dado que ello se encuentra insito en una administración que se ajuste a lo dispuesto por el artículo 209 de la Constitución, que ordena que la "función administrativa" se desarrolle, entre otros, con sujeción a los principios de la "eficacia" y "celeridad", en beneficio de los usuarios del servicio y para garantizar la realización de los cometidos estatales.*

*Del mismo modo, la vaguedad e imprecisión de la norma acusada aparece de bulto, cuando en el inciso segundo de la misma se ordena al Presidente de la República, que en el acto en que decreta la fusión de entidades u organismos nacionales disponga sobre la subrogación de obligaciones y derechos, la titularidad y destinación de bienes o rentas, o sobre los ajustes presupuestales necesarios, pues, sobre el particular no se le señala ninguna pauta o criterio de carácter general sino que se le*

*remite a "las normas que rigen la materia", que, tratándose de entidades públicas, el legislador ha debido precisar.*

*En cuanto a los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 51 de la Ley 489 de 1998, se observa por la Corte que en ellos se entrelazan principios o enunciados de carácter general y algunas normas de carácter particular y concreto, que regulan en detalle aspectos propios de la eventual fusión de entidades, que, por lo mismo, devienen en violatorias de la Carta, como las relativas a los actos o contratos que deban extenderse u otorgarse con motivo de la fusión o supresión de las mismas, o la indicación del número de folio de matrícula inmobiliaria, o el dato que identifique el registro de un bien o de un derecho que les pertenezcan.*

*Como corolario obligado del análisis que antecede, se concluye por la Corte que el artículo 51 de la Ley acusada resulta inexecutable, por lo que, así habrá de declararse (...)<sup>944</sup>*

Al quedarse sin regulación normativa que fije las pautas de actuación para los procesos de fusión de las sociedades de economía mixta, seguirá exigiéndose que el Gobierno dicte los Decretos correspondientes para los casos específicos de fusión a que hubiere lugar. En el mismo sentido, el legislador, tendrá que conferirle siempre al Gobierno facultades extraordinarias para actuar en tales procesos.

### **13. Escisión de sociedades de economía mixta**

El Presidente de la República no puede crear sociedades de economía mixta por la vía de escisión de las sociedades mixtas existentes. La creación de dichas entidades en el orden nacional es competencia privativa del Congreso de la República, según se desprende del numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política.

Del mismo modo, con relación a la modificación de la estructura de las sociedades de economía mixta, deberá definirse mediante Ley los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el ejecutivo le compete modificar dicha estructura.

En sentencia C-702 de 1999, citada en el numeral precedente, la Corte declaró la inexecutable de algunos artículos de la Ley 489 de 1998 referentes al tema que venimos tratando:

---

<sup>944</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de 1999. Referencia: Expediente D-2296. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Esta demanda tiene como antecedente la acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 7º (parcial), 38 (parcial), 47 (parcial), 51, 52, 53, 54, 55, 59 (parcial), 68 (parcial), 111 (parcial) y 120 de la Ley 489 de 1998, "por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

*“(...) En cuanto concierne a la modificación de la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional, es del resorte ordinario de las competencias que la Carta atribuye al Legislador, trazar las directrices, principios y reglas generales que constituyen el marco que da desarrollo al numeral 7º. del artículo 150, pues es al Congreso a quien compete "determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica", como en efecto, lo hizo en los artículos 52 y 54 -excepto sus numerales b); c); d); g); h); e i) -que serán materia de consideración aparte-, razón esta que lleva a la Corte a estimar que, por este aspecto, están adecuados a los preceptos de la Carta, como quiera que se ajustó en un todo a sus mandatos.*

*En efecto, en el artículo 52 previó los principios y orientaciones generales que el ejecutivo debe seguir para la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales; en los numerales a); e); f); j); k); l) y m) del artículo 54 trazó los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y los demás organismos administrativos del orden nacional. Así, pues, en cuanto a la acusación examinada, los preceptos mencionados, son exequibles.*

*Cosa distinta ocurre con el contenido normativo consignado en los artículos 53; y en los numerales b); c); d); g), h) e i) del artículo 54 que esta Corte encuentra contrarios a los numerales 7º. del artículo 150 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política pues, en ellos el Legislador ciertamente delegó en el ejecutivo competencias de regulación normativa en materia de creación y autorización de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta, y en relación con la estructura de la administración, que son de su privativo ejercicio, mediante Ley, según rezan los preceptos constitucionales citados.*

*En efecto: en el artículo 53, el Congreso facultó al Presidente de la República a crear empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, por la vía de la escisión de las existentes, lo cual es a todas luces contrario al numeral 7º. del artículo 150 de Carta Política, conforme al cual, corresponde al Congreso, por medio de Ley, ejercer la función de "crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta". Repárese, además, que en el caso de las sociedades de economía mixta no sólo concurren aportes o recursos públicos, sino también aportes de particulares, con base en acuerdos de voluntades, a partir del acto de*

autorización. Por tanto, será declarado inexecutable.

*En los numerales b); c); d); g), h) e i) del artículo 54 defirió en el Ejecutivo la competencia de regulación normativa de aspectos inherentes a la determinación de la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, tales como los relacionados con el tipo de estructuras a adoptarse -concentradas- y sus características -flexibles y simples-; los criterios para la organización de las dependencias básicas; la identificación de las dependencias principales, los órganos de asesoría y coordinación y de las relaciones de autoridad y jerarquía entre las que así lo exijan; asimismo lo habilitó para supeditar las estructuras a la finalidad, objeto y funciones previstas en la Ley 489; y, a limitar los cambios en funciones específicas, únicamente a su adecuación a las nuevas estructuras.*

*Para la Corte, los literales b); c); d); g), h) e i) del artículo 54 en estudio, son contrarios al numeral 7º. del artículo 150 de la Constitución Política, pues, es al Congreso a quien le corresponde "determinar la estructura de la administración nacional" y, en relación con cada entidad u organismo del orden nacional "señalar sus objetivos y estructura orgánica."*

*Asimismo, en su sentir, los literales b); c); d); g), h) e i) del artículo 54 contravienen el numeral 16 del artículo 189 de la Carta Política, que señala que Legislador es quien debe definir mediante Ley, los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el ejecutivo le compete modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales. (...)<sup>945</sup>*

#### **14. Propósito de las sociedades de economía mixta**

**Concepto del 10 de abril de 1973:** (Radicación No. 758). En este concepto, el Consejo de Estado hizo énfasis en que el propósito que persiguen las Sociedades de Economía Mixta es distinto al que persiguen los establecimientos públicos. A través de las sociedades mixtas, no se trata descentralizar un servicio, sino de participar en el campo propio de la iniciativa privada.

#### **15. Dirección y Administración de las sociedades de economía mixta**

**Sentencia proferida por el Consejo de Estado con fecha de 6 de mayo de 1976:** del cuerpo de esta sentencia se deduce que es posible que existan sociedades mixtas con la sola dirección y gestión por parte del Estado.

#### **16. Derechos adquiridos de los accionistas particulares de las sociedades de**

---

<sup>945</sup> *Ibidem.*



## **economía mixta**

Con relación a los derechos de los accionistas particulares de las sociedades de economía mixta, el Consejo de Estado especificó que en ningún momento podría alegarse un derecho adquirido sobre el mismo reglamento o Ley a que se refiera la sociedad mixta pues estos reglamentos son normas de carácter general, revocables por el Estado pero nunca por convenios particulares.<sup>946</sup>

Observemos apartes de este concepto:

*“(...) De modo pues que los presupuestos de los accionistas particulares de las sociedades de economía mixta, de que trata la consulta en estudio, no tienen el carácter de invulnerables por no haberse configurado al amparo de Leyes civiles, sino por que en estricto rigor como más adelante se vera, no existe, no se han generado bajo el imperio o vigencia de Ley ninguna, inclusive de carácter administrativo que derivan las que vendrían al caso. La situación jurídica administrativa de carácter general en oposición a la subjetiva o de carácter individual emana de la Ley o reglamento, es de índole impersonal y abstracta, para usar el lenguaje utilizado por esta misma sala en otra oportunidad., y no configura en si misma un derecho adquirido para seguir usando la expresión tradicional a favor de quien en un momento dado pueda configurar su amparo una situación subjetiva, particular y concreta. En el terreno de que se viene tratando, esa situación o reglamento general es emanación de la soberanía, esta comprendida dentro del concepto de orden publico y con referencia a ella no cabe hablar de derecho adquirido (...)”<sup>947</sup>.*

En este mismo concepto, el Consejo de Estado afirmó que en el campo del derecho publico, el interés general prevalece sobre el particular.

### **17. Los trabajadores de las sociedades de economía mixta con el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales.**

Pueden ser considerados trabajadores oficiales las personas vinculadas por contrato de trabajo en las sociedades de economía mixta, cuando éstas se asimilen al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por razón de la integración de su capital social en el que el Estado posea al menos el noventa por ciento (90%). La Corte Suprema de Justicia adoptó este criterio en 1988.<sup>948</sup>

---

<sup>946</sup> PENAGOS. Op. Cit. pág. 175

<sup>947</sup> CONSEJO DE ESTADO. Concepto del 27 de julio de 1976. Radicación No. 1063

<sup>948</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 28 de septiembre de 1988. Magistrado Ponente: Dr. Rafael Baquero Herrera.

A continuación transcribiremos apartes de la sentencia que nos ocupa:

*“(...) El artículo 1° del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3130 de 1968, expresa que ‘se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicios de las sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto legislativo 1050 de 1968’. Y en inciso 3 reitera la distinción anterior así: ‘En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a una entidad empleadora por una relación laboral reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial vinculado por una relación de carácter contractual laboral’.*

*(...)*

*El artículo 3 del Decreto en comento en su literal b) reitera que son trabajadores oficiales ‘los que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta’.*

*(...)*

*Por último la doctrina de esa Sala ha sido constante en sostener que a los trabajadores oficiales no se les aplica en Código Sustantivo del Trabajo.*

*(...)*

*Es entonces la norma general que las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas jurídicas propias de los entes privados, inclusive en lo que atañe al estatuto laboral de sus servidores, y que sólo por excepción, cuando el aporte oficial es o excede al 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos relativos a las empresas industriales y comerciales del Estado y las personas que le sirven son generalmente trabajadores oficiales y en ocasiones que deban estar expresamente predeterminadas, empleados públicos.*

*(...)*

*Armonizando las normas citadas, resulta claro que pueden ser considerados trabajadores oficiales las personas que sirvan a las sociedades de economía mixta, cuando estas se asimilen al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado por razón de la integración de su capital social en el que el Estado posea al menos el 90%, y que son a esta especie de sociedades de economía mixta que se refiere el Decreto 1848 de 1969. Otra forma de interpretar el Decreto reglamentario excedería lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3130 de 1968 que clasifica como trabajadores oficiales a quienes laboran en empresas estatales que realicen actividades industriales o comerciales del Estado(...).”*

## 18. Requisitos para acumular el tiempo necesario para pensionarse en el sector oficial

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que en el caso de las sociedades de economía mixta, cuando se intente acumular el tiempo de servicio en ellas con el laborado en organismos o dependencias oficiales para efecto de la pensión de jubilación, es indispensable para que proceda la acumulación que se demuestre que el aporte estatal en la compañía de que se trata es o excede al noventa por ciento (90%) del haber social, o sea que su régimen corresponde al de las empresas industriales y comerciales estatales y que, por ende, quienes laboren en ellas son trabajadores oficiales o empleados públicos según el caso<sup>949</sup>.

Apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia disponen que:

*“(...) Las sociedades de economía mixta están vinculadas a la Administración y sujetas a su orientación, coordinación y control en los términos que las Leyes y estatutos que las rijan. (...) Por definición legal las sociedades de economía mixta son personas jurídicas genéricamente designadas con el nombre de ‘entidades descentralizadas’, es lo cierto que no son estas las disposiciones las que gobiernan lo referente al régimen laboral de los servidores del Estado, pues dicha regulación la hace es el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, en donde para nada se menciona a las sociedades de economía mixta. Dicha norma, para clasificar a los empleados públicos y trabajadores oficiales, habla solo de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.*

*Es por esta razón de no incluirse las sociedades de economía mixta en la regulación en la que trae el mencionado artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968, que únicamente cuando por participar el Estado en la composición de su capital social con por lo menos el 90% del mismo reciben un tratamiento especial de la Ley, asimilándose entonces a las empresas industriales y comerciales que tiene el Estado (Decreto Ley 3130 de 1968), hipótesis ésta en la que sus servidores adquieren el carácter de trabajadores oficiales, con todas las consecuencias que de allí se derivan.*  
*(...)*

*Es entonces la norma general que las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas jurídicas propias de los entes privados, inclusive en lo que atañe al estatuto laboral de sus servidores, y que sólo por excepción, cuando el aporte oficial es o excede del 90% del capital social, sus*

---

<sup>949</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de siete de junio de 1989. Magistrado Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar.

*actividades se regulan por los preceptos relativos a las empresas industriales y comerciales del Estado y las personas que les sirven son generalmente trabajadores oficiales y en ocasiones que deben estar expresamente determinadas, empleados públicos (Decreto Ley 3135 de 1968 Artículo 5°).*

*(...)*

*No es legalmente posible acumular el tiempo servido en agencias oficiales y en sociedades de economía mixta para reclamar el pago de aquella pensión ya que así no se daría la hipótesis de haber laborado siempre dentro de la órbita estatal, que es requisito indispensable para que el empleado público o el trabajador oficial tengan derecho a pensionarse por cuenta del erario luego de cumplir la edad y el tiempo de servicios que en cada ocasión sean menester.*

*(...)*

*En las sociedades de economía mixta en que le Estado tiene un capital social inferior al 90% ninguno de sus servidores puede catalogarse como empleado público (...).<sup>950</sup>*

---

<sup>950</sup> *Ibídem.*